

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Alexandre Pereira Pinheiro

**Estado pós-regulador:
contribuições teóricas para a atuação estatal**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Alexandre Pereira Pinheiro

**Estado pós-regulador:
contribuições teóricas para a atuação estatal**

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutor em Direito Administrativo, sob a orientação do professor doutor Jacintho Arruda Câmara.

SÃO PAULO

2021

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta tese de doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

E-mail: _____

Alexandre Pereira Pinheiro

Estado pós-regulador:
contribuições teóricas para a atuação estatal

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutor em Direito Administrativo, sob a orientação do professor doutor Jacintho Arruda Câmara.

Aprovado em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. orientador dr. Jacintho Arruda Câmara – PUC-SP

Prof. dr. José Roberto Pimenta – PUC-SP

Prof. dr. Luís Manuel Fonseca Pires – PUC-SP

Prof. dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – USP

Prof. dr. Carlos Ari Sundfeld – FGV-SP

AGRADECIMENTOS

RESUMO

A presente tese busca contribuir para (re)orientar o papel do Estado no contexto que se denomina Estado pós-regulador. Para tanto, estudar-se-á a noção de Estado regulador e propor-se-á sua superação conceitual para a noção de Estado pós-regulador. Tal estudo se revela imprescindível para se apreender a dinâmica da regulação que deve ser levada em conta pelo regulador, especialmente devido ao reconhecimento de uma divisão do poder regulatório entre Estado, empresas, grupos de interesse e consumidores/usuários. Com suporte em tais premissas, objetiva-se estudar uma teoria que possa fornecer linhas de atuação para que o Estado desenvolva uma atividade regulatória congruente com elas. Essa teoria deve ser adequada constitucionalmente e, especialmente, respeitar o interesse público e valorizar a livre iniciativa e o autorregramento da vontade. Propõe-se, aqui, a adoção da teoria da *smart regulation*, considerada, pelas lentes deste estudo, um aprimoramento da teoria da regulação responsiva, que vem sendo amplamente debatida e adotada, ainda que parcialmente, por diversas agências reguladoras. O restante da tese se propõe a explicitar as diversas diretivas (princípios, como chamam seus autores) que o Estado deve seguir para uma atuação ótima – ou, mais precisamente, para uma excelência regulatória – diante da complexidade regulatória atual: deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instrumentos; deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instituições; deve-se dar preferência a medidas menos intervencionistas; deve-se buscar a modelagem de uma pirâmide que incorpora essas estratégias de forma racional e transparente para os atores econômicos e sociais. Faz-se um diálogo desses princípios com o instrumental jurídico brasileiro – proposto, em sua maior parte, pela doutrina – acerca dos níveis aceitáveis de intervenção regulatória, seus limites e abrangência, abordando-se, em especial, o papel central da livre iniciativa, subsidiariedade, autorregramento da vontade e proporcionalidade.

ABSTRACT

The present thesis seeks to contribute to (re) orient the role of the State in the context of what is called the regulatory society. For this purpose, the notion of a Regulatory State will be studied and its conceptual overcoming will be proposed for the notion of a regulatory society. Such a study is thought of to be essential to apprehend the dynamics of regulation that must be taken into account by the regulator, especially due to the recognition of a division of regulatory power between the State, companies, interest groups and consumers/users. Upheld by these premises, the next objective is to study a theory that can provide lines of action for the State to develop a regulatory activity congruent with the Regulatory Society. This theory must be constitutionally adequate and, in particular, respect the public interest and value free enterprise and self-integration of the will. It is proposed, here, the adoption of the Smart Regulation theory, considered, through the lens of this study, an improvement of the Responsive Regulation theory, which has been widely debated and adopted, albeit partially, by several Regulatory Agencies. The remainder of the thesis proposes to explain the different directives (principles, as its authors call them) that the State must follow for an optimal performance - or, more precisely, for regulatory excellence - in view of the current regulatory complexity: it must be given preference for combinations of strategies that incorporate a wide range of instruments; preference should be given to combinations of strategies that incorporate a wide range of institutions; preference should be given to less interventionist measures; one must seek to model a strategy pyramid that incorporates these strategies in a rational and transparent way for economic and social actors. Throughout the study, there is a dialogue between these principles and the Brazilian legal instruments - proposed, for the most part, by the administrative law doctrine - about acceptable levels of regulatory intervention, their limits, scope, addressing, in particular, the central role of free enterprise, subsidiarity, self-integration of the will and proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. DO ESTADO REGULADOR AO ESTADO PÓS-REGULADOR	17
1.1 O Estado regulador	26
1.2 A superação do Estado regulador: a regulação na era da governança	28
1.4 Variações sobre o mesmo tema: capitalismo regulatório	38
1.4.1 Algumas características do Estado pós-regulador.....	40
1.4.2 A base pluralista do Estado pós-regulador	42
1.5 Breve esboço histórico	44
1.5.1 A ordem westfaliana e seu esfacelamento.....	47
1.6 A necessária releitura da teoria das fontes do Direito	54
1.7 Desafios da regulação na era da informação	57
1.7.1 Usuários como reguladores?	65
CAPÍTULO 2. O VALOR DE UMA TEORIA REGULATÓRIA	66
2.1 Introdução	66
2.2 Papel e relevância de uma teoria (da regulação)	69
2.2.1 Entendendo a moderna regulação	69
2.2.2 O papel de uma teoria.....	71
2.2.3 À procura de uma teoria regulatória constitucionalmente adequada à realidade...73	
2.3 Teorias regulatórias constitucionalmente adequadas	77
2.3.1 Perspectiva normativa: regulação responsiva	77
2.3.2. Perspectiva descritiva: teoria da <i>smart regulation</i>	80
2.4. A teoria da <i>smart regulation</i>	82
2.4.1 Superando o dilema regulação e desregulação	83
2.4.2 Combinando instrumentos regulatórios	86
2.4.3. Objetivos próximos e remoto da teoria	87
2.4.7 Critérios de avaliação para saber quando usar determinada abordagem	90
2.4.8 Dificuldades da aplicação da teoria da <i>smart regulation</i>	93
2.5 O particular desafio de legitimidade de regimes regulatórios policêntricos	96
CAPÍTULO 3. A PREFERÊNCIA PELA COMBINAÇÃO DE INSTRUMENTOS	101
3.1 Variedade de instrumentos regulatórios	102
3.2 Regulação comando e controle	104
3.3 Uma reformulação do problema – regulação baseada em princípios X regulação baseada em regras	105

3.3.1	Vantagens e desvantagens de cada uma	107
3.4	Variáveis problemáticas a ser consideradas em cada caso	109
3.4.1	Breve excursão sobre o papel da incerteza na regulação	111
3.4.2	Retomando pontos fortes e fracos de comando e controle	112
3.4.3	A visão de Cass Sunstein sobre a regulação comando e controle.....	115
3.4.4	A ligação entre a regulação comando e controle e as expropriações regulatórias	117
3.4.5	Necessidade de diálogo entre controladores e controlados.....	119
3.4.6	Um caso concreto de receio do regulador	122
3.4.7	Retomando o excesso	123
3.4.8	Deterioração da regulação pelo controle desviado.....	125
3.5	Autorregulação.....	127
3.5.1	Pontos fortes e fracos da autorregulação.....	131
3.6	Corregulação	133
3.6.1	Uma forma de flexibilização da regulação e a corregulação	136
3.7	Uma nova forma de flexibilização: a criação de <i>sandboxes</i> regulatórios	139
CAPÍTULO 4. DA NECESSIDADE DE RECRUTAR TERCEIROS NO PROCESSO DE REGULAÇÃO		142
4.1	Introdução	142
4.2	Tripartismo contestável	146
4.3	Terceiros: grupos de interesse público	150
4.4	Catalisando as ações dos grupos de interesse público	151
4.4.1	Apoio do Estado para o papel dos grupos de interesse público	151
4.4.2	Superando as deficiências do envolvimento do grupo de interesse público ...	152
4.5	Consumidores	153
CAPÍTULO 5. A PREFERÊNCIA POR MEDIDAS MENOS INTERVENCIONISTAS		159
5.1	A livre iniciativa na ordem constitucional	160
5.1.1	Os fundamentos da livre iniciativa.....	161
5.2	A estrutura em que a liberdade de empresa se desenvolve: a economia de mercado.....	162
5.3	Autonomia privada	165
5.3.1	O autorregramento da vontade como fundamento de atuação dos particulares nos negócios jurídicos.....	166
5.4	Livre iniciativa e serviços públicos: a inexistência de uma conformação absoluta por normas públicas.....	168
5.5	A subsidiariedade e a ordenação estatal da economia.....	171
5.6	Limites à regulação e subsidiariedade.....	175

5.7 Proporcionalidade dos mecanismos de regulação econômica	178
5.7.1 AIR e proporcionalidade	179
5.8 A questão da livre iniciativa e o serviço público – as incompreensões do STF	182
5.9. A menor intervenção possível na teoria da <i>smart regulation</i> e sua aplicação	183
5.9.1 O teste da proporcionalidade	188
CAPÍTULO 6. A BUSCA PELA PIRÂMIDE DE INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS	190
6.1 A dosagem de regulação e autorregulação – uma primeira visão	191
6.1.1 Uma visão responsiva das escolhas regulatórias	193
6.1.2 Sequenciamento de instrumentos para aumentar a confiabilidade	199
6.2 Uma tipologia de interações	202
6.3 Desafios para projeto regulatório	203
6.4 Regulando a distância: o governo como “barreira”	206
6.4.1 Incentivos para a participação empresarial na flexibilidade regulatória	213
6.4.2 Desincentivos para participar da flexibilidade regulatória	215
6.5 Estratégias para regular empresas menores	216
6.6 Ordenação de instrumentos: em direção a uma estratégia regulatória de “duas vias”	218
6.6.1. Um exemplo de aplicação da pirâmide regulatória	221
CONCLUSÃO	227
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	234

INTRODUÇÃO

Conquanto seja recorrente a menção, em praticamente todos os manuais, à doutrina como fonte do Direito Administrativo, o fato é que sua influência no Direito Regulatório não se faz sentir amplamente. Consultem-se os votos proferidos pelas diretorias das agências reguladoras, os informes das superintendências técnicas dessas mesmas autarquias, até mesmo os pareceres das procuradorias atuantes nessas entidades. Ver-se-á alguma citação de doutrina jurídica administrativista (em geral revolvendo algum assunto clássico desse ramo jurídico, como nulidade de ato administrativo, responsabilidade civil do Estado, etapas do processo licitatório, ou mesmo algum princípio jurídico), mas quase nenhuma – exceções, sempre as há – referência a uma doutrina especializada sobre regulação.

Tal constatação pode surpreender, ainda mais quando se considera não só a quantidade de estudos feitos sobre regulação, nos teatros nacional e internacional, mas também a sua qualidade e a sua envergadura.

Não se quer dizer com isso que se deve utilizar a fonte doutrinária em desprezo da lei e das normas em geral, *contra legem*. Isso pode facilmente encobrir apenas a escolha de preferências pessoais em juízos travestidos de erudição. Trata-se de aproveitar-se de estudos que têm sido feitos há décadas por muitos pesquisadores de renome, alguns dos quais brilhantes e que realmente deixaram uma contribuição ponderável no cenário regulatório, mas que são simplesmente ignorados ou desprezados.

O desprezo doutrinário no seio do Direito Regulatório é ainda mais preocupante porque – parece inegável – a feição da regulação mudou muito desde meados da década de 1990 (quando ocorreram as primeiras privatizações dos antigos monopólios estatais) para cá. A ideia motriz da regulação era, por um lado, garantir que os novos serviços concedidos fossem universalizados e não sofressem solução de continuidade; por outro, tinha o escopo de estimular a entrada de outros prestadores de serviço para que se criasse um ambiente competitivo, no qual a vontade do consumidor pudesse selecionar os prestadores mais aptos a permanecer no mercado.

Muito do resultado inicial se deveu ao excelente marco regulatório que permeou, de forma geral, os setores de infraestrutura no Brasil; percalços, que não poderiam ser previstos com exatidão, ocorreram (cogita-se, aqui, de situação como o galopante desenvolvimento dos serviços móveis em detrimento dos fixos no setor de telecomunicações); erros foram cometidos (pensa-se, aqui, na ausência de assimetria regulatória entre concessionárias e autorizadas de STFC quando da publicação do primeiro Plano Geral de Metas de Qualidade, que submetia todas as prestadoras desse serviço, qualquer que fosse o seu porte, ao cumprimento das mesmas metas).

Os desafios da hora presente são outros. No setor de telecomunicações: qualidade e disponibilidade de banda larga, importunação de usuários pelos meios de comunicação, neutralidade das redes, evolução tecnológica e interações cada vez mais frequentes entre serviços de valor adicionado e serviços de telecomunicações, mudança do marco legal com o fim das concessões etc.

Um assunto, entretanto, parece ser o mais importante de todos neste momento: o da qualidade da regulação, para que possa atingir a contento o seu fim¹. Dessa maneira, existe um debate crescente não mais sobre aspectos específicos da regulação, mas sobre o seu todo. Subsistem, obviamente, contendas sobre aspectos específicos, até mesmo porque geram efeitos concretos (sanções administrativas, por exemplo); contudo, o que aqui se repara é que houve uma ampliação do debate sobre a regulação de uma forma mais sistemática. Tal fato pode ser atribuído, entre outros, à experiência regulatória acumulada pela atuação das agências reguladoras permitir agora uma avaliação mais acurada das consequências de suas atuações.

Nesse cenário, a presente tese busca contribuir para orientar o papel do Estado no contexto que se denomina Estado pós-regulador. Por muito tempo foi comum a afirmação de que o Estado, hoje, pode ser caracterizado como um Estado regulador. Não que a descrição seja falsa; parece ser, contudo, inexata para caracterizar a situação atual. O Estado tem, certamente, papel relevante a desempenhar na regulação; em certas circunstâncias, esse papel pode até ser o mais importante no cenário regulatório.

¹ COGLIANESE, Cary. **The challenge of regulatory excellence**. 2016. U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 20-19. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3639512>. Acesso em 15/3/2021. Conferir também: COGLIANESE, Cary. **Achieving regulatory excellence**. 2016. Brookings Institution Press.

O fato é, contudo, que a ubiquidade e a centralidade da regulação para a sociedade atual, as limitações e direções autoimpostas por vários atores econômicos para sua própria atuação no mercado, a existência de inúmeros grupos de interesse com parte ativa na regulação, influenciando, seja indireta ou diretamente, a conduta de reguladores e empresas, e a própria tomada de consciência dos usuários e consumidores acerca de sua força para moldar comportamentos das empresas e influenciar atitudes dos reguladores estatais constituem fenômenos inegáveis da realidade e que muito ultrapassam a regulação estatal.

O solo onde a regulação floresce é como um amálgama de diversas matérias que representam os diferentes influxos sociais, cada um deles contribuindo parcialmente para o resultado da regulação. Resta saber, por conseguinte, como deve o Estado navegar por essas águas potencialmente turbulentas, em que a regulação pode ser compreendida como um produto social, mais do que puramente estatal.

Esforços pessoais houve dentro das agências reguladoras para melhorar a qualidade da regulação; quadros capacitados, muitos deles concursados, consultas públicas sobre reforma no estilo de regulação, caminhada em direção a uma regulação mais cooperativa, tudo isso foi percebido nos últimos anos por aqueles que trabalham com o tema.

Quanto disso, porém, pode ser tributado a uma visão pessoal de determinados agentes públicos? Ou mesmo a uma conjuntura política e social que favoreceu momentaneamente esse sentido da regulação? Obviamente, não se pode precisar quantitativamente a contribuição desses fatores para uma guinada na regulação. Não faltam, contudo, indícios de que muito do ocorrido pode realmente ser devido a estes fatores.

A título de exemplo, o que ocorreu com a questão da delimitação conceitual dos bens reversíveis da concessão de telefonia fixa no âmbito da Anatel é sintomático.

A Anatel começou a tratar da reversibilidade de bens na concessão desde os idos de 2001, na Análise nº 006/2001, do gabinete do conselheiro Antônio Valente. Nela, a agência pondera, ainda sobre os termos do serviço móvel celular, então operado como concessão, que “os bens reversíveis são definidos como aqueles essenciais à continuação do serviço”, tais como antenas, transceptores etc.

A partir de 2011, caminhou-se no sentido de afirmar que o patrimônio da concessionária que é utilizado, de uma forma ou de outra, para a prestação do serviço, é reversível. De forma semelhante, decidiu-se, em outro caso de ano de 2011, que o “fato de existir no imóvel infraestruturas e equipamentos que são indispensáveis à prestação do STFC (...), implica, necessariamente, que o imóvel, enquanto abrigar esses equipamentos, deve ser considerado bem reversível, nos termos do Contrato de Concessão” (Análise nº 307/2001, do gabinete do conselheiro Jarbas Valente). A partir de 2012, começou a imperar na Anatel, mais claramente, a concepção patrimonialista da concessão, afetando a classificação de bens reversíveis, independentemente da função real desempenhada pelo bem na concessão.

Em outra revisão de entendimento, contudo, o conselho diretor da Anatel aprovou, por unanimidade, a submissão à consulta pública de uma proposta de regulamento que, expressamente, define como reversíveis os bens “que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido” (Consulta Pública, nº 19/2020). E, finalmente, em abril de 2021, foi publicado o Regulamento de continuidade da prestação do serviço fixo em que se define bem reversível como sendo aquele essencial e efetivamente empregado para a prestação do serviço (Resolução nº 744/2021).

O interessante do caso é que as modificações de entendimento ocorreram sem que houvesse alteração legal para embasá-la e muito menos mudou a posição doutrinária sobre o assunto². Destarte, parece certo de que a posição pessoal do gestor acabou sendo determinante para a adoção de um ou outro entendimento.

O presente trabalho procura, nesse contexto, fornecer importantes subsídios para guiar, de maneira objetiva – tanto quanto possível – a atuação do Estado nesse novo cenário.

Para tanto, estudar-se-á a noção de Estado regulador e a passagem para o Estado pós-regulador. Tal estudo se revela imprescindível para se apreender a dinâmica da regulação que deve ser levada em conta pelo regulador, especialmente

² Esclareça-se que, quando da publicação da CP 19/2020, já estava em vigor a Lei nº 13.879/2019, que expressamente determinou a indispensabilidade para caracterização de um bem como reversível. Contudo, como se vê dos informes da área técnica e da análise de conselheiro, a proposta da Anatel já contemplava esse entendimento mesmo antes da publicação da referida lei. Confira-se, por todas, a Análise nº 23/2019/VA.

devido ao reconhecimento de uma divisão do poder regulatório entre Estado, empresas, grupos de interesse e consumidores/usuários. Reconhece-se, por conseguinte, a existência de uma regulação descentralizada ou policêntrica.

Em seguida, diante do cenário descrito no primeiro capítulo, propor-se-á uma teoria que possa fornecer linhas de atuação para que o Estado desenvolva uma atividade regulatória congruente com o que se caracterizou como Estado pós-regulador. Essa teoria deve ser adequada constitucionalmente e, especialmente, respeitar o interesse público e valorizar a livre iniciativa e o autorregramento da vontade. Propõe-se, aqui, a adoção da teoria da *smart regulation*, que pode ser considerada um aprimoramento da teoria da regulação responsiva, que vem sendo amplamente debatida e adotada, ainda que parcialmente, por diversas agências reguladoras. Nesse passo, os autores trabalhados serão quase todos do mundo anglo-saxão, pois foi onde mais se desenvolveram os conceitos ligados à teoria.

Os capítulos seguintes se propõem a explicitar as diversas diretivas (princípios, como chamam seus autores) que o Estado deve seguir para uma atuação ótima diante da complexidade regulatória atual: deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instrumentos; deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instituições; deve-se dar preferência a medidas menos intervencionistas; deve-se buscar a modelagem de uma pirâmide que incorpora essas estratégias de forma racional e transparente para os atores econômicos e sociais.

A adoção da teoria da *smart regulation* não está preconizada em sua infalibilidade; nenhuma ilusão quanto ao seu papel de panaceia dos problemas regulatórios; nem mesmo se faz mister aderir a todas as premissas adotadas pelos seus autores. Como muito bem colocado por Braithwaite e Ayres, quando propuseram sua teoria da regulação responsiva:

Embora seja importante esclarecer nossa posição ideológica [republicanismo cívico] para distingui-la do liberalismo, pluralismo e neocorporativismo, não é de forma alguma necessário aceitar essa posição para pensar que as ideias que apresentamos podem ser desejáveis ou práticas. Na verdade ficamos maravilhados quando apresentamos essas ideias diante da amplitude das posições ideológicas entre os apoiadores que nos elogiam e os oponentes que nos condenam (AYRES; BRAITHWAITE, 1995, p. 18).

Neste trabalho, procuram-se reforçar muitas das diretivas e conclusões sustentadas pela teoria por outros meios debatidos no cenário jurídico brasileiro. Assim, são feitas incursões acerca das noções de subsidiariedade, livre iniciativa, proporcionalidade etc.

Por fim, o que se pretende é construir um todo harmônico, coerente, para que a atuação do Estado na seara regulatória se dê da maneira mais justa e eficiente possível, de forma adequada à realidade social e em respeito aos ditames constitucionais.

CAPÍTULO 1. DO ESTADO REGULADOR AO ESTADO PÓS-REGULADOR

A sociedade moderna está alicerçada em variegadas e amplas categorias de separação que muitas vezes passam despercebidas, justamente por serem reputadas comuns. Cogita-se, aqui, a divisão de trabalho, separação de poderes, separação entre Estado e Igreja, separação da sociedade civil e do Estado, separação entre representado e representante, separação de fatos e valores, ou ciência e vida. Obviamente, nem todas essas separações se dão de forma absoluta e nem poderia ser diferente. De fato, a Constituição Federal de 1988 (CF) propugna uma colaboração de interesse público entre o Estado e as religiões (art. 19, I), consigna limites à atuação dos mandatários, para que atuem no interesse público – o que, certamente, inclui os interesses dos representados, aproxima a sociedade e o Estado, por exemplo, quando garante a participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, § 3º)³.

Apesar de tais separações – amplamente fincadas e vincadas na sociedade e, reflexivamente, no mundo jurídico –, tem-se assistido a um gradual movimento de reação, no sentido de reaproximações cooperativas. Obviamente, não se trata de extirpar por completo as distinções que existem no meio social, mas, reconhecidas as diferenças, há que se vislumbrar, outrossim, movimentos de aproximação.

Para o que interessa ao escopo do presente trabalho, revestem-se de avultada importância algumas separações que geraram consequências importantes para a formação da cultura jurídica administrativista e de um costume regulatório peculiar. Trata-se da separação entre interesse público e privado, Estado e sociedade, regulador e regulado. De fato, uma visão, por um tempo amplamente dominante, colocava tais categorias em campos não só diferentes, mas opostos; a consequência inexorável é que os institutos jurídicos, a jurisprudência, a cultura regulatória foram – e ainda o são, em grande medida – reflexo dessas visões.

Importante reconhecer, contudo, certo grau de reaproximação entre o Estado, mais precisamente a administração pública, e o particular. É dizer: conquanto seja verdade que essa visão separatista tenha demarcado sulcos duradouros na visão de

³ MANENT, Pierre. **A world beyond politics?** Princeton University Press, 2013, p. 13.

mundo das pessoas, inclusive dos juristas, não é menos correto afirmar que já, há algumas décadas, percebem-se crescentes vozes que se alevantam contra essa separação.

Em poucos campos de estudo tal separação era mais bem delimitada do que no Direito Administrativo, tão bem caracterizado pelo uso do “poder de império” do Estado, de seu “poder extroverso”, do “poder de polícia”, capaz de penetrar e modificar, unilateralmente, posições e situações jurídicas dos particulares. Era a época do Direito Administrativo dos “atos administrativos”, dotados de imperatividade, exigibilidade, executoriedade. Tais categorias, por óbvio, não desapareceram; não se nega, outrossim, a sua importância. O que se quer frisar aqui é que a demarcação entre papel do Estado e papel do particular era – ou ao menos dava a impressão de ser – nítida, cristalina. A preponderância do interesse público sobre o privado era inquestionável e, durante muito tempo, essa visão de mundo influenciou sobremaneira uma das atividades a que o Estado foi particularmente chamado a desempenhar pela CF: a atividade regulatória.

O universo jurídico é, em maior ou menor medida, fruto da cultura humana⁴, não se podendo negar que há, até certo ponto, conexão importante entre ambos; a atividade regulatória do Estado – ao menos do ponto de vista em que aqui se estuda, o jurídico – também se ressent, como não poderia deixar de ser, desse vínculo. Assim, a visão que se tem do fenômeno de separação que se mencionou irá influenciar, moldar, a um só tempo – por lógica de concatenação – uma concepção de Estado, de Direito Administrativo – que lida preponderantemente com a relação do Estado e a sociedade – e a resposta regulatória estatal.

Nas formulações iniciais do Direito Administrativo no século XIX e no início do século XX, construiu-se a concepção de que cabia à esfera pública os deveres de concretizar ou atender às necessidades coletivas, o que, a um só tempo, desobrigou a esfera privada do cumprimento desse dever e legitimou o poder político conferido ao governante para a consecução do bem público, do bem comum. Essa formulação implicou uma “exclusividade da consecução dos interesses coletivos” pelos poderes

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

públicos⁵.

Modernamente, contudo, o Direito Administrativo, conforme ensinamento do Aragão (2008, pp.12-13), passa “a transitar da preponderância monológica rumo a padrões dialógicos”, e isso implica a “adoção de modelos decisórios menos unilaterais ou impositivos, consideradas simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, de infrutífera repressão”. Nesse contexto de abertura do Direito Administrativo às novas fórmulas de atuação social, fala-se em “florescimento de módulos contratuais”⁶ no âmbito do Direito Administrativo, em detrimento do uso de fórmulas unilaterais e imperativas. Também para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, atualmente se vive em um momento, na relação entre Estado e sociedade, de transição da ideia de supremacia para uma relação de ponderação quanto aos valores da sociedade⁷.

Na linha da aproximação entre Estado e sociedade civil, Irene Nohara propugna por uma reformulação da noção de burocracia, eliminando-se a clivagem entre ambos para uma melhor prestação dos serviços públicos (aqui entendido em sentido amplo)⁸. A burocracia dos países ao longo do século XX foi muito influenciada pelas ideias de separação já mencionadas e, com isso, surgiram divisão de trabalho, especialização de competências, hierarquização de processos etc., num “movimento” (entrópico) de reprodução disfuncional. Por conseguinte, é comum que a burocracia seja referida como “voltada para si mesma”, isto é, para os próprios interesses e não para o bom desempenho de suas legítimas funções primordiais. As próprias noções de impessoalidade e formalismo na administração pública foram usadas como mote para se distanciar do cidadão⁹.

Por isso, Irene Nohara pondera que a administração pública deve desenvolver-se dentro de uma noção de “burocracia reflexiva”, voltada para o indivíduo, quer dizer, não apenas buscando, no plano teórico, a satisfação de seus interesses, mas

⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002 p. 42.

⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, nº 231, pp. 129-156, jan./mar. 2003, p. 142.

⁸ NOHARA, Irene. **Burocracia reflexiva**. In: Thiago Marrara. (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, v. 1, p. 349.

⁹ Op. cit., p. 353.

engajando-o, por meio de uma legítima consensualidade, nos processos mesmos de regulação e decisão estatais. Tal intento pressupõe, ainda na visão da autora, a possibilidade de dotar os agentes públicos de flexibilidade na tomada de decisões, contra a ideia paralisante de burocracia engessada¹⁰.

Que se deixe claro, contudo, que a autora não adere aos cânones do modelo gerencial no que este propõe, por exemplo, de extinção da estabilidade dos agentes públicos; pelo contrário, julga-a fundamental para tomada de boas decisões em ambientes de grande pressão, mas sempre caminhando passo a passo com a responsabilização¹¹.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a situação atual é caracterizada pela perda da noção de que o Estado é a entidade monopolista no campo jurídico. Tal noção, ora questionada, é fruto do que ele denomina “construção lógica desse Direito racionalista, silogístico e pretendidamente puro”, que se havia posicionado como única fonte do poder normativo¹². A fim de fazer melhor ressaír as diferentes concepções acerca do ordenamento jurídico, ele elenca algumas características do ordenamento jurídico positivista, entre as quais, para os fins da presente tese, destacam-se: i) a noção de ordenamento marcada pela exclusividade estatal, ou seja, não há norma jurídica sem a chancela estatal; e ii) o ordenamento jurídico positivista é dotado não só de unidade e coesão, mas mesmo de completude. Trata-se de “um sistema uno – fechado, lógico e coeso –, “um todo único, claramente delimitado e específico, cujas características informam e se manifestam em cada um dos elementos que o integram”, mas que também contém todas as previsões legais necessárias para a solução de quaisquer problemas que porventura apresentem relevância jurídica¹³.

Hodiernamente, contudo, o ordenamento jurídico que ele chama de “pós-positivista” apresenta-se sob a roupagem da transestatalidade, ou seja, o Estado mantém-se como um produtor de normas jurídicas, mas não de todas. O ordenamento jurídico “vem-se ampliando para incluir tanto normas estatais como normas extraestatais”. Além do ordenamento jurídico estatal nacional, dos internacionais

¹⁰ Op. cit., p. 365.

¹¹ Op. cit., p. 367.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 67.

¹³ Op. cit., p. 133.

(como o Tratado da União Europeia) e dos globais (no qual se “atende a um interesse público globalizado, no qual proliferam entidades privadas ou semiprivadas administrativas, cuja autoridade provém de pactos de autorregulação setoriais”), a própria proliferação, internamento aos ordenamentos jurídico, de várias normas surgidas no seio de organizações privadas¹⁴.

Nas palavras do autor:

Convivem, assim, nas ordens jurídicas internas dos países dotados de Constituições democráticas de direito, tanto normas produzidas pelo Estado, como normas não estatais provenientes das mais diversas origens, porque, desde logo, a democracia pressupõe o pluralismo – tanto de valores como de normas que os sustentem –, o que, no Brasil, se encontra expressamente garantido na própria pré-ordenação de seus fundamentos constitucionais, admitindo, ainda, permanente integração pela absorção de normas internacionais, entendidas, neste caso, as editadas por acordos internacionais, de modo a se constituírem como normas globais, sempre que estejam em harmonia com cada regime e com os princípios constitucionalmente adotados. Assim, interna e externamente, prevalece a pluralidade normativa enquanto valor, ou seja, a que não vem referida apenas à estrutura de cada ordem jurídica estatal, mas amplia permanentemente o seu conteúdo, uma vez que se nutre da própria pluralidade axiológica de outras ordens jurídicas existentes – as nacionais, as internacionais e as globais – partindo de fontes, estatais e extraestatais, que se entrelaçam e se fertilizam reciprocamente (MOREIRA NETO, 2018, p. 197).

Consectário dessa reconstrução da visão do ordenamento jurídico está a noção de administração policêntrica. Ela envolve o reconhecimento de que há múltiplos atores a influenciar e exercer a governança pública, e o conseqüente estudo e aprofundamento de suas mútuas influências e relações¹⁵.

Qual a reconfiguração, nesse quadro, da regulação estatal? Obviamente, a regulação econômica pressupõe uma mistura, em graus maiores ou menores, de liberdade de iniciativa com dirigismo estatal¹⁶. A regulação, ao mesmo tempo em que procura preservar a existência do mercado, procura, também, corrigi-lo de seus possíveis excessos que o desviem do interesse público, com o objetivo de atingir finalidades que, em princípio, não seriam perseguidas por um mercado deixado ao

¹⁴ Op. cit., p. 195.

¹⁵ Op. cit., p. 206.

¹⁶ LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação**. (Tese de pós-graduação) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 60.

seu livre alvedrio.

Reclamam-se, por conseguinte, novas abordagens regulatórias que sejam mais consentâneas com o Direito Administrativo reconfigurado por novos paradigmas. Anteriormente, apenas a atuação estatal era vista como concretizadora do interesse público; aos cidadãos, atribuíam-se interesses egoístas e individuais, vendendo-se sua ação no campo institucional da coletividade. Considerava-se até “suspeita e ilegítima” qualquer imbricação entre as duas esferas¹⁷. Presentemente, a confrontação entre os interesses passa a ceder lugar, em alguma medida, a uma atitude de cooperação e de ação concertada, em um novo paradigma de “relacionamento simbiótico entre Estado e sociedade”¹⁸. Cláudia Pereira observa que, no paradigma do Estado democrático de direito, as esferas públicas e privadas passam a ser vistas como complementares, equiprimordiais, acarretando uma nova compreensão da dicotomia direito público-direito privado.¹⁹

Obviamente, há riscos nesse proceder que devem ser devidamente tratados pelo ordenamento jurídico; Marcos Perez já alertava que a articulação de interesses entre a sociedade e a administração pública traz riscos de distorção²⁰, e talvez o mais saliente deles seja o de captura do regulador pelo regulado. A captura pode ser definida, nas aptas palavras de Carpenter e Moss (2014, p.13), como “o resultado ou o processo por meio do qual a regulação, em suas normas ou aplicação, é consistente ou repetidamente desviada para longe do interesse público e direcionada aos interesses do setor regulado, por meio de ação ou vontade do próprio setor”.

Entre as várias formas de captura aventadas por Carpenter e Moss existe a que eles denominam “captura corrosiva”, que tem esse nome porque visa a corroer, apagar a regulação, e é por essa razão chamada, também, de *deregulatory capture*. A captura, em sua forma tradicional, até como se viu pela definição anteriormente apontada, tinha por objetivo fazer que a regulação buscasse atender aos interesses privados. Pressupunha, logicamente, a feitura, a elaboração de normas. Na captura

¹⁷ NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 250-251.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 251.

¹⁹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O novo Direito Administrativo brasileiro – O Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003 p. 45.

²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática – institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 226.

corrosiva, ao contrário, não se procura utilizar a regulação como arma anticompetitiva; o que se pretende é influenciar o regulador a não fazer normas, ou a revogar as que porventura já tenham sido feitas. Assim, afirma-se que um ambiente que abre espaço para uma cooperação sadia pode também dar azo a uma captura contraproducente²¹.

É fato, então, que existe uma sobreposição entre captura e colaboração, já que ambos implicam uma relação estreita entre regulador e indústria²². O ponto nevrálgico da questão é que o debate não pode ser polarizado sobre a pertinência ou não da colaboração dado o risco de captura²³. O que se deve procurar é fomentar a cooperação (contra o excesso regulatório) e impedir os efeitos maléficos da captura e de outros fenômenos (como uma excessiva leniência do regulador).

O regulador, ao modelar suas estratégias de intervenção, deve estar ciente de quais são as condições que, em geral, levam as pessoas e as empresas a obedecerem a uma legislação – em sentido amplo – dúctil, mais suave, mais própria de um ambiente de cooperação. Isso tende a ocorrer, em geral, quando há aceitação da parte de um ato interno do agente; imposições meramente exógenas de aceitação dela levam, na média, a resultados insatisfatórios²⁴. Dito de outro modo: a lei branda ativa as normas de cooperação e aumenta-se sua eficiência se for aceita ativamente, em um processo que conta com sua participação e aprovação. O fato de as pessoas estarem mais dispostas a obedecer às leis que elas mesmas escolheram é confirmado por evidências empíricas²⁵. E, ainda, a aceitação é mais provável se a norma proposta replica, em maior medida, as normas que o agente já obedece²⁶.

Esse, então, é o dilema a ser resolvido: como oferecer uma solução, teórica e prática ao mesmo tempo, para a busca da cooperação regulatória como contraponto a formas de intervenção e controle mais inflexíveis (que, de uma forma geral, tendem a gerar danosos excessos), aumentando a margem de liberdade do setor privado –

²¹ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 55.

²² REISS, Dorit Rubinstein. **The benefits of capture**. Wake Forest L. Rev., nº 47, p. 572, 2012.

²³ Idem, ibidem, p. 571.

²⁴ TYRAN, Jean-Robert; FELD, Lars P. **Why people obey the law: experimental evidence from the provision of public goods**. Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research. Working Paper nº 651 (2002), p. 18. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=290231>. Acesso em 15/3/2021.

²⁵ Op. cit., p. 21.

²⁶ Op. cit., p. 21.

de acordo como ditame constitucional da livre iniciativa –, ao mesmo tempo em que forneça instrumental adequado para o fomento do interesse público e o combate ao risco de captura, conciliando os valores hodiernamente buscados pelo direito administrativo?

Importantes autores há que procuram cuidar do justo equilíbrio que deve ter a regulação. Para afastá-la do excesso, Gustavo Binenbojm apresenta solução jungida ao exame de proporcionalidade das disposições normativas da regulação²⁷. Alexandre Santos Aragão propõe a adoção da teoria, já amplamente assentada no Direito Administrativo, que trata dos limites da intervenção estatal, propondo-se a considerar a regulação expropriatória como uma “desapropriação indireta”²⁸. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 8) aduzem, de forma mais completa e sistemática, três requisitos, sendo o primeiro de ordem substancial (“a existência de interesse público efetivo a justificar a mutilação do direito, que tem valor constitucional”), outro de ordem processual (“a necessidade do devido processo legal”) e, por fim, o de ordem econômica (“o dever de indenizar pelos prejuízos resultantes do gravame”). Por fim, Rafael Veras aventa o uso da “análise de impacto regulatório” como instrumento adequado a aferir a qualidade de uma determinada norma regulatória para, eventualmente, extirpá-la do mundo jurídico.

Todas as soluções apresentadas têm seu mérito e devem ser utilizadas para combater o fenômeno da regulação excessiva. A sua simples adoção, entretanto, parece não ser suficiente para levar a uma situação de maior cooperação entre Estado e particulares.

Ademais, a pura e simples “desregulação”, o fenômeno antípoda da regulação expropriatória, não necessariamente canalizaria o ator regulado a agir de forma cooperativa e virtuosa.

De fato, uma dependência excessiva de uma política de instrumento único – regras altamente prescritivas ou desregulação total, para ficar nos exemplos mais

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, nº 117, 2010. Disponível em <http://www.editoraic.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em 24/4/ 2017.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, nº 155, jan. 2014. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98987>>. Acesso em 24/4/2017.

extremos – é errada, pois todo instrumento regulatório possui pontos fortes e fracos, e nenhum, sozinho, é suficiente para atingir objetivos regulatórios complexos²⁹.

Propõe-se haurir, portanto, de algum referencial teórico, uma solução para consolidar uma intervenção regulatória que, ao mesmo tempo em que respeita a liberdade do agente privado e lhe outorga grande confiança para fazer sua autorregulação, atribui ao Estado o papel de fazer um *design* de estratégias regulatórias para acompanhar e fiscalizar a atuação do ator privado e sancioná-lo, se for o caso, contando com a participação de terceiros. Em outras palavras, deve-se procurar elaborar um *design* regulatório em que várias estratégias se complementam, por meio da combinação de diferentes instrumentos, entre os quais autorregulação, regulação governamental e fiscalização por terceiros.

Cabe, assim, escolher uma modelagem que atende aos interesses visados, uma teoria de base. A análise da teoria regulatória adequada perpassa inúmeros fatores. Recrutando as ponderações de Steven Croley, pode-se dizer que uma teoria regulatória adequada deve ser coerente e completa, com premissas mutuamente compatíveis, e cujas conclusões derivam delas; deve, ademais, ter base empírica, a confirmar o escopo de suas premissas e conclusões, bem como ser passível de ser testada, para ser confirmada ou refutada. Em outras palavras, deve ser possível submeter suas previsões a testes concretos³⁰. A tais ponderações, some-se a natural exigência de que uma teoria de base, para ser adequada, deve estar adaptada às exigências de seu tempo, tanto culturais, quanto sociais, econômicas e jurídicas.

Para a seleção de uma teoria adequada, portanto, faz-se necessário o aprofundamento sobre o momento político e social do Estado. Antes de tudo, é preciso ter em mente que, no campo das ciências humanas e sociais, as teorias, em geral, são classificadas em positiva e normativa. Sucintamente, as teorias de cunho positivo procuram explicar como a realidade é, como o mundo opera, pretensamente de maneira isenta de valores, ao passo que as teorias normativas procuram explicar como as coisas deveriam ser, fazendo um juízo baseado em valores previamente assumidos.

²⁹ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. 24 Law & Soc. Inquiry, nº 853, 1999, p. 853.

³⁰ CROLEY, STEVEN P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Princeton University Press, 2009, p. 11.

Apesar da aparente disjunção entre as teorias, Adrian Vermeule (2014, pp. 389-390) mostra como, na verdade, estão muitas vezes interconectadas, na medida em que, por exemplo, “a teoria positiva desempenha um papel construtivo ao estreitar o conjunto de argumentos normativos que devem ser considerados ao decidir o que fazer” e de como “a teoria positiva serve como uma fonte direta de argumentos normativos”. No fundo, o que aqui se busca é uma teoria marcadamente normativa, mas que não perde seu fundo positivo; em outras palavras, quer-se uma teoria que descreve adequadamente a realidade e apresenta soluções regulatórias baseadas na realidade, levando em contas as restrições estatais e privadas.

Antes de se alcançar tal marco teórico, mostra-se imprescindível aprofundar a análise do Estado regulador, modelagem teórica que, até o presente momento, tem sido utilizada para descrever o padrão de intervenção na economia do Estado atual, com uma crítica à sua concepção e a postulação de uma nova concepção, a do Estado pós-regulador. Fundada nessa premissa, a escolha de uma teoria revelar-se-á tarefa mais fácil.

1.1 O Estado regulador

Obviamente, é impossível precisar o início do Estado regulador. Conjecturas quanto a este ponto são de interesse estranho ao presente trabalho. O que se busca estudar é o modelo de “Estado regulador” que foi construído doutrinariamente no âmbito do Direito Administrativo. E, quanto a este tocante, o fato é que o termo “Estado regulador” entrou no vocabulário político e jurídico com a publicação, em 1994, do seminal artigo de Giandomenico Majone, denominado “A ascensão do Estado regulador na Europa”. Segundo o autor,

(...) a privatização e a desregulação criaram as condições para o surgimento do Estado regulador, a fim de substituir o Estado dirigista do passado. A confiança na regulação – em vez de propriedade pública, planejamento ou administração centralizada – caracteriza os métodos do Estado regulador (MAJONE, 1994, pp. 77-101).

Para Majone (1994, p. 83), vivia-se um momento em que a regulação se tornava a nova fronteira das políticas públicas e da administração pública em todo o mundo industrializado, isso devido ao acelerado crescimento da regulação administrativa na Europa nas últimas duas décadas anteriores ao estudo³¹. Subjacente ao argumento de Majone está o diagnóstico de duas tendências principais, sendo a primeira uma mudança geral em direção ao uso da regulação em detrimento de outras ferramentas de estabilização e redistribuição econômicas, e a segunda o papel expansionista da Comissão Europeia por meio do uso de técnicas regulatórias em face da ausência de outras ferramentas, especialmente decorrentes de problemas orçamentários. Desde então, tornou-se comum afirmar que se vive a era do Estado regulador, caracterizado pela privatização dos serviços públicos e o estabelecimento de autoridades regulatórias independentes com amplas competências^{32 33}.

Em grandes linhas, o Estado regulador baseia-se em um modelo pluralista de governança administrativa, com consecução de objetivos legalmente determinados e sob o manto do controle judicial³⁴. O fundamento jurídico do Estado regulador encontra-se na chamada “governança legalizada” e aberta à participação da sociedade, no seio da qual estão grupos de interesse. Obviamente, há amplo espaço de atuação discricionária da administração pública, mas mesmo esses espaços são mediados pela lei em sentido amplo. Em outras palavras, “a discricionariedade normativa é exercida dentro dos parâmetros da legalidade e encontra seus freios e contrapesos na atuação do Congresso e na revisão judicial”³⁵. Com isso, fortalece-se o pluralismo político e leva-se em conta certo grau de espontaneidade e de voluntariedade dos grupos sociais³⁶ (por certo, as associações mais representativas, com maior possibilidade de ganho no processo político, são as que tendem a receber

³¹ MAJONE, Giandomenico. **The rise of the regulatory state in Europe: in West European politics**, 17:3, 83, 1994.

³² LODGE, Martin. **Regulation, the regulatory state and European politics**. West European Politics 31, 2008, p. 2.

³³ SCHAPIRO, Mario G. **Do Estado desenvolvimentista ao Estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção**. REI – Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 4, nº 2, pp. 574-614, dez. 2018. Disponível em <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/305>>. Acesso em 16/3/2021.

³⁴ Op. cit., pp. 576 e 578.

³⁵ SCHAPIRO, Mario G. **Do Estado desenvolvimentista ao Estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção**. REI - revista estudos institucionais, [S.l.], v. 4, nº 2, pp. 574-614, dez. 2018. Disponível em <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/305>>. Acesso em 16/mar/2021, p. 576.

³⁶ Op. cit., pp. 577-578.

maior número de participantes). Em resumo, “a representação pluralista tem como características a organização dos interesses de forma múltipla, voluntária, competitiva, não hierárquica, autodeterminada e não sujeita a reconhecimento, subvenção ou controle por parte do Estado”³⁷.

Nesse modo de intervenção, há clara descentralização de poder em relação ao chefe do Executivo, compartilhado não só com o poder Legislativo, mas também com diferentes setores da sociedade civil³⁸.

1.2 A superação do Estado regulador: a regulação na era da governança

Apesar de o modelo descritivo de Estado regulador corresponder à realidade que se impôs em terras brasileiras paulatinamente e, com mais força, desde a metade da década de 90 do século passado, entende-se que essa correspondência é tão só parcial, tendo sido superada por outros modelos que retratam melhor a posição e o papel do Estado em relação à regulação nos tempos atuais.

Tem sido permanente a constatação de que se vive na chamada “idade da governança”. Para Colin Scott³⁹, que se debruçou detidamente no assunto, ela se caracteriza pela dispersão do poder entre vários atores, não *do Estado*, mas *no Estado*. Dito de outro modo, a idade da governança significa que o poder é compartilhado entre atores estatais, não estatais e supranacionais. Obviamente, algum grau de cooperação e dispersão de poder sempre existiu, mesmo na época moderna absolutista. Contudo, a dimensão do ensejo atual é bem diferente.

Antes de tudo, parece ser necessário precisar um pouco mais o que se entende pelo termo “governança”. De fato, os autores que tratam da governança chamam a

³⁷ Op. cit., p. 578.

³⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do Estado regulador**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, nº 76, pp. 139-156, nov. 2006, p.151. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16/3/2021.

³⁹ SCOTT, Colin. **Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state**. In: Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.). *The politics of regulation*. Cap. 7, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 2 (arquivo PDF).

atenção para o fato de que não se deve confundir governo com governança⁴⁰. Pelo contrário, governança significa uma mudança no significado de governo, referindo-se a um novo processo de governar ou o novo método pelo qual a sociedade é governada. Trata-se de concepção aparentemente simples, mas os problemas de definição tornam-se agudos quando se procura detalhar esse novo processo, condição ou método. Existem vários sentidos de governança, entre os quais: 1) governança como “Estado mínimo”; 2) como governança corporativa; 3) governança como querendo significar, um tanto tautologicamente, “boa governança”⁴¹.

A noção de governança, aqui trabalhada, diz respeito, mais precisamente, ao novo modo “orquestração da atividade coletiva”⁴², não mais operada somente ou mesmo precipuamente, em todos os casos, pelo Estado, mas que ocorre de maneira difusa na sociedade, por participação dos atores regulados e mesmo de terceiros não regulados, com influência recíproca e em ambiente de cooperação⁴³. Trata-se de noção análoga a “governo”, mas entendido como um alargamento das funções de direção e comando para além das fronteiras do poder estatal.

Dentro dessa noção de governança, deve-se ter em mente que a assim chamada “burocracia estatal” continua sendo, às vezes, o principal, em outras, um dos mais relevantes atores na hierarquia ou coordenação regulatória: isso porque, apesar de todas as mudanças recentes, a prestação de serviços pelo Estado ou coordenada por ele, de algum modo, é ainda de extremo vulto⁴⁴.

Repise-se mais uma vez, contudo, que é mister constatar que a maneira de governar foi radicalmente transformada de um sistema de governo estatal em um sistema de governança envolvendo conjuntos complexos de organizações oriundas dos setores público e privado⁴⁵. As razões dessa mudança podem ser buscadas em

⁴⁰ RHODES, R. A. W. **The neo governance**: Governing without government. *Political Studies* (1996). XLIV. 652-667, pp. 652-653.

⁴¹ Op. cit., p. 653.

⁴² DONAHUE, John. On collaborative governance. Corporate social responsibility initiative Working Paper, v. 2, 2004. Harvard University. Disponível em: https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/csi/files/workingpaper_2_donahue.pdf. Acesso em 10.6.2021.

⁴³ SCOTT, Colin. **Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state**. In: Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.). *The politics of regulation*. Capítulo 7, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 20. (arquivo PDF).

⁴⁴ RHODES, R. A. W. **The neo governance: governing without government**. *Political studies* (1996). XLIV. 652—667, p. 653

⁴⁵ Op. cit., p. 658.

várias fontes. Antes de tudo, e do lado do Estado, porque a própria capacidade de controle social do governo é limitada, e isso por vários fatores: falta de legitimidade política e social, complexidade dos processos políticos, complexidade e grande quantidade de instituições envolvidas etc. O governo é um ator relevante nessa rede complexa, mas não deixa de ser apenas um dos muitos atores que influenciam o curso dos eventos em um sistema social. O governo não tem sempre e necessariamente poder suficiente para exercer sua vontade sobre outros atores. Do lado da sociedade, a visão é que as instituições sociais são, em grande medida, autônomas. Elas não são controladas por um único ator supraordenado hierarquicamente, nem mesmo pelo Estado. São, claro, influenciadas por ele e por outros atores sociais, mas também se controlam amplamente, e possuem o poder de rejeitar muito da influência que se tenta exercer sobre elas⁴⁶.

Algumas das características da atual noção de governança são: (1) há acentuada interdependência entre organizações. A governança é mais ampla do que o governo, abrangendo atores não estatais. Isso significa que as fronteiras entre os setores público, privado e voluntário tornaram-se mutáveis e opacas; (2) existência de interações contínuas entre os membros, causadas pela necessidade de trocar recursos e negociar propósitos compartilhados; (3) presença de interações enraizadas na confiança e mediadas por regras em grande parte negociadas e acordadas pelos participantes da rede; (4) há um grau significativo de autonomia dos membros em relação ao Estado. Embora o Estado não ocupe uma posição necessariamente dominante, contudo, ele ainda detém poder de, até certo ponto, dirigir os membros da sociedade, ainda que de maneira indireta e imperfeita⁴⁷.

É primordial evidenciar, nessa quadra, o papel da confiança no vínculo entre Estado e atores privados nesse cenário. De fato, trata-se de um fundamento da governança que constitui notável afastamento dos cânones autoritários. Embora a lei sempre envolva elementos de coerção, o sistema de comandos normativos estatais tem, na melhor das hipóteses, uma capacidade limitada de obrigar as pessoas a obedecer à lei. Não é despiciendo observar que, para muitas agências reguladoras, o gerenciamento da não conformidade se tornou cada vez mais difícil nas últimas décadas. Com o advento da globalização e o aumento preocupante de indivíduos e

⁴⁶ Op. cit., p. 659.

⁴⁷ Op. cit., p. 660.

empresas explorando brechas na lei, a questão de como os reguladores podem melhor garantir o cumprimento voluntário do espírito da lei é importante. Ter uma compreensão precisa do motivo pelo qual as pessoas são motivadas a aceitar as decisões e regras de terceiros pode ajudar a responder a essa pergunta⁴⁸.

Duas teorias bastante diferentes, que tentam explicar o comportamento de conformidade, foram propostas. O modelo de “escolha racional” postula que as pessoas são motivadas inteiramente pelo bem-estar econômico. Elas avaliam oportunidades e riscos e desobedecem à norma quando a sanção prevista e a probabilidade de ser pego são pequenas em relação aos ganhos do não cumprimento. No contexto tributário, por exemplo, a escolha do contribuinte é entre conformidade e evasão fiscal. Conformando-se à norma, o contribuinte incorre em “prejuízo financeiro” na forma de tributos pagos, mas com a sonegação existe a chance de ganho relativo se a sonegação não for detectada. Alternativamente, existe a chance de uma perda ainda maior se a evasão for detectada e penalizada. De acordo com o modelo de escolha racional, os contribuintes calculam esses riscos ao decidir se cumprem, ou não, as normas. Os defensores do modelo de “escolha racional”, portanto, acreditam que os indivíduos, ou empresas, cumprirão as regras e decisões de uma autoridade apenas quando confrontados com sanções e penalidades severas, fazendo pender a balança das escolhas para o lado da conformidade⁴⁹.

Recentemente, estudos e teorias abundam no sentido de questionar a adequação do modelo de escolha racional para a compreensão da interação em determinados ambientes. Estudiosos regulatórios contemporâneos sugerem que atitudes e obrigações morais, além de cálculos puramente econômicos ou medo de punição, são importantes para explicar o comportamento de conformidade e, portanto, precisam ser considerados no gerenciamento da não conformidade. De acordo com os defensores dessa visão, o modelo de escolha racional ignora a possibilidade de que as pessoas possam estar preocupadas com questões sociais como justiça e equidade ao decidir se obedecem ou não, ou que elas possam estar receosas em prejudicar sua reputação social se forem pegas fazendo a coisa errada. É

⁴⁸ MURPHY, Kristina. The role of trust in nurturing compliance: a study of accused tax avoiders. 2004. *Law and human behavior*. 28. 187-209, p. 201.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 187.

hipotetizado, portanto, que a maneira mais produtiva de alcançar a aceitação genuína e a adesão aos regulamentos não é por uma dependência exclusiva de sanções e coerção legal, mas sim por meio de estratégias que apelam, em primeiro lugar, para quem deseja cumprir a lei⁵⁰.

Nesse passo, inserir uma variável baseada na confiança, desde o primeiro momento de uma estratégia regulatória, é o que tem sido sugerido pela literatura como um importante caminho a ser, ao menos, explorado. Analogamente ao que ocorre no no Direito Penal, em que um regime mais brando ou flexível de cumprimento de pena pode ser fixado considerando-se a “autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art.36 do Código Penal), no Direito Administrativo também é possível se utilizar da confiança no senso de responsabilidade do regulado, em determinadas circunstâncias.

De fato, na última década, a importância específica da confiança nas relações organizacionais tem sido cada vez mais reconhecida; o mesmo acontece com o papel que a confiança desempenha em influenciar a conformidade de uma empresa relativamente à regulação. Braithwaite e Makkai, em estudo empírico sobre o tema, vão mais longe ao sugerir que a confiança não somente ajuda a conformidade, mas que a nutre, de forma que, em determinados casos, pode-se argumentar que depositar confiança em alguém aumenta a conformidade em relação às normas regulatórias. Ademais, a percepção, por parte dos regulados, de que uma agência reguladora não é confiável também demonstrou ser uma função da desconfiança que os reguladores depositam naqueles de quem estão exigindo cooperação e conformidade, ou seja, a desconfiança do regulador em relação aos regulados tende a ser sua contraparte na desconfiança do regulado em relação ao regulador. Braithwaite e Makkai, nesse tocante, argumentam que se aqueles que estão sendo regulados forem tratados como confiáveis, tendem a retribuir esse respeito com conformidade voluntária⁵¹.

Uma estratégia regulatória que coloca a confiança no primeiro plano de qualquer encontro regulatório pode, portanto, ser particularmente eficaz para obter conformidade individual e corporativa. As possíveis estratégias regulatórias contra aqueles que se aproveitariam, perniciosamente, dessa situação serão detalhadas em

⁵⁰ Op. cit., p. 188.

⁵¹ Op. cit., p. 188.

outro ponto deste trabalho. O importante aqui é a seguinte questão: o que fazer para nutrir a confiança?

Vários pesquisadores⁵² argumentam que a chave para criar confiança é agir de forma justa, ou que seja considerada justa. Esse argumento é a conclusão central da literatura sobre justiça processual. A justiça processual diz respeito à percepção de justiça dos procedimentos envolvidos na tomada de decisão e ao tratamento percebido que se recebe do tomador de decisão. A literatura de justiça processual demonstra que as reações das pessoas às suas experiências pessoais com autoridades estão enraizadas em suas avaliações da justiça dos procedimentos que essas agências usam para exercer autoridade, *inter alia*. O inverso também é verdadeiro, isto é, as pessoas são mais propensas a desafiar coletivamente uma situação quando acreditam que os procedimentos são injustos. Isso não significa, claro, que a favorabilidade, ou não, dos resultados da decisão seja irrelevante. Mas não é, nem de longe, o único ponto a ser observado⁵³.

Não há ingenuidade nessa posição, entretanto; não há quem argumente que uma estratégia baseada puramente na confiança seja eficaz em todos os casos. Uma estratégia baseada puramente na confiança falha em reconhecer que existem algumas pessoas que dela tirariam proveito ao serem consideradas confiáveis. Uma estratégia regulatória que combina uma preferência pela confiança com a capacidade de mudar para uma política de desconfiança é, portanto, provavelmente a mais eficaz. Essa estratégia dinâmica pode permitir que os reguladores experimentem a confiança primeiro e escalem para formas mais intervencionistas de regulação – com sanções mais severas – se o abuso de confiança ocorrer e persistir no tempo. A ameaça de punição, colocada em segundo plano num primeiro momento, tem efeito comunicativo importante, pois reforça a mensagem aos indivíduos de que as tentativas de

⁵² Cf: Folger, R., & Konovsky, M. A. (1989). **Effects of procedural and distributive justice on reactions to pay raise decisions**. *Academy of Management Journal*, 32, 115-130; Levi, M. (1998). A state of trust. In V. Braithwaite & M. Levi (Eds.), **Trust and governance** (pp. 77–101); Tyler, T. R. (1997). **The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities**. *Personality and social psychology review*, 1(4), 323–345.

New York: Sage

⁵³ Op. cit., pp. 189-190.

cooperação de um regulador devem ser ouvidas, caso contrário, a situação será muito pior para o regulado⁵⁴. A esse ponto se voltará amplamente depois.

De toda forma – e esse o ponto central que aqui se quer destacar –, deve-se ter em mente que, se as sanções ou punições forem percebidas como injustas processualmente, os reguladores também correm o risco de minar a confiança dos regulados⁵⁵. Portanto, para criar e manter a confiança, os reguladores precisarão reconhecer a importância da justiça processual em suas negociações com os inadimplentes e se comprometer a implementar e nutrir os princípios de justiça e equidade. Os reguladores precisam considerar como gostariam de ser tratados se seus papéis fossem repentinamente invertidos⁵⁶.

Não é difícil de perceber que relações jurídicas construídas nas bases que acabaram de ser descritas tendem a reconfigurar as relações jurídicas entre Estado e regulado.

Não é sem razão, por conseguinte, que Colin Scott argumenta que não se está mais diante do que antes tinha sido concebido como o “Estado regulador”; ou, ao menos, a concepção do que é Estado regulador precisa ser drasticamente alterada. Melhor conceptualizar, na dicção dele, um “Estado pós-regulador”. Explique-se melhor⁵⁷.

O Estado regulador é, em breves linhas, aquele Estado que reconhece uma divisão entre a operacionalização do fornecimento direto de bens, utilidades e serviços à população em geral e seu controle, sua supervisão, sua regulação, seja por agências reguladoras especializadas, seja por departamentos estatais. Portanto, no Estado regulador, a ênfase da atuação estatal se desloca da prestação material de bens e

⁵⁴ Op. cit., p. 203.

⁵⁵ MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. **Por um discurso de justificação e aplicação para o Direito administrativo sancionador no Brasil**. 2017. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 8.

⁵⁶ Op. cit., p. 201.

⁵⁷ SCOTT, Colin. **Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state**. In: Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.). *The politics of regulation*. Capítulo 7, Edward Elgar Publishing, 2004 (arquivo PDF).

serviços para a elaboração de regras formais, fiscalização, prestação constante de informações etc⁵⁸.

Percebe-se, assim, que no âmbito do Estado regulador o Estado, como o próprio nome já diz, é fulcral, central para a governança regulatória, e a norma estatal é “o instrumento central da governança regulatória”. O Estado é a figura motriz da regulação. Entretanto, para que tal concepção – ao menos em seu sentido mais forte – imperasse na prática, algumas premissas, expressas ou implícitas, teriam de ser adotadas, entre as quais: (i) o controle que a lei ou o regulamento exerce é praticamente ilimitado, ou pelo menos muito amplo, pois apoiado no poder de coerção estatal; (ii) o controle de condutas amparado em ato normativo estatal é fulcral, domina e paira acima de qualquer outro de ordenação; (iii) como a efetividade da lei estatal é grande, não há que se falar em necessidade de outros processos regulatórios no âmbito social⁵⁹.

Mas essa nítida separação entre norma estatal e privada, entre papel do Estado e da sociedade na ordenação de conduta, parece estar cada vez esmaecendo mais. E uma das características centrais do "Estado pós-regulador" é um abrandamento da nítida distinção entre Estado e mercados, entre o público e o privado⁶⁰.

Como se pode tentar compreender, então, o Estado pós-regulador?

Em primeiro lugar, nota-se uma grande variedade de normas. Para além das normas estatais é clara a existência de normas não estatais, como os contratos entabulados pelos particulares a partir de sua autonomia privada – criadora de normas. Há, também, instrumentos de *soft law* que desempenham relevante papel na regulação (avisos, ameaças, comunicações de intenção etc.) e elementos de autorregulação, seja total, seja parcial, seja induzida e fiscalizada, seja voluntária⁶¹.

Essa variedade dos mecanismos de indução/controlado é uma significativa mudança de paradigma no Estado pós-regulador, já que, dentro da concepção do Estado regulador, colocava-se grande ênfase em instrumentos de controle estatais e

⁵⁸ SCOTT, Colin. **Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state**. In: Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.). *The politics of regulation*. Capítulo 7, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 4 (arquivo PDF).

⁵⁹ Op. cit., p. 6.

⁶⁰ Op cit., p. 15.

⁶¹ Op cit., p. 18.

hierárquicos. Ressalte-se que, num recorte de tempo mais próximo ao atual, podemos situar a concepção inovadora de Lawrence Lessig, de que “código é lei”, como um exemplo de controle de conduta não hierárquico. Assim, os controles incorporados ao software de computador oferecem uma alternativa arquitetônica à implantação de regras legais, podendo, por exemplo, impedir o acesso a sites específicos por crianças não supervisionadas⁶². A importância desse tipo de controle para a regulação cresce a cada dia, como será exemplificado a seguir.

Como segunda característica do Estado pós-regulador, a nova feição do controle regulatório perpassa pela compreensão de que, apesar de o controle hierárquico continuar existindo, ele deve ser compreendido, não só como o controle derivado do poder estatal, mas incluir também o de exercido por uma associação privada em relação aos seus associados; ademais, a ele devem ser somados os controles social, o competitivo e o do *design* das normas reguladoras⁶³.

Em breves linhas, pode-se dizer que o controle hierárquico irá atuar preponderantemente no estímulo, na fiscalização e na punição direta por violações às regras, o social atuará especialmente nas denominadas sanções comunitárias (ostracismo, baixa reputação, *naming and shaming*), o competitivo por meio de pressões, em especial no aspecto qualitativo e de preço do serviço, e, por fim, o *design*, de maneira mais abstrata, influenciará o conjunto de estímulos que os atores têm para seguir condutas que sejam conformes ao interesse da coletividade.⁶⁴

Por isso que se disse que, enquanto no tradicional estudo do Estado regulador os órgãos reguladores estatais recebem um lugar especial, no Estado pós-regulador o valor atribuído às funções de controle a órgãos estatais é diminuído. Assim, muitos padrões de atuação dos entes regulados são estabelecidos (*standard setting*) no nível supranacional por meio de uma ampla gama de instituições de governança gerais e específicas; bancos, seguradoras e agências de classificação de crédito podem todos

⁶² Dr. Colin Scott Regulation in **The age of governance: the rise of the post-regulatory state**. National Europe Centre Paper, nº 100, 6 June 2003. Australian National University.

⁶³ Op. cit., pp. 18-19.

⁶⁴ **Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power**. Andrew Murray and Colin Scott.

ser considerados como contribuintes de pelo menos alguns componentes dos sistemas de controle de comportamento relacionado ao risco e à conformidade⁶⁵.

Por fim, a última característica que Colin Scott elenca como modeladora do Estado pós-regulador é a variedade dos próprios controlados ou, ao menos, potencialmente monitorados para algum fim específico da regulação. A perspectiva do Estado pós-regulador é a de que se deve reconhecer que o comportamento de uma gama maior de atores é relevante para os resultados da ordenação de políticas sociais e econômicas. Acrescenta-se, nessa perspectiva, o estudo de controles sobre o próprio governo, no aspecto de suas atividades regulatórias. O Estado pós-regulador presta atenção às movimentações e estratégias adotadas pelas instituições financeiras em relação aos seus regulados diretos, na conduta do consumidor que pode moldar determinado comportamento das empresas. Com isso, há um claro contraste com o Estado regulador, que se preocupa, sobremaneira, simplesmente com a atuação das empresas, dos atores de determinado setor econômico⁶⁶.

Mas desde já é preciso fazer a judiciosa observação de Egon Moreira em relação ao Estado regulador, aplicável perfeitamente – é o que se defende – também ao Estado pós-regulador: Estado regulador não deve ser entendido como Estado mínimo. A retração do Estado em algumas áreas acarreta o seu avanço em outras. A ideia de governança pede mesmo a intervenção estatal, quando ela se mostrar eficiente, necessária ao bem comum, e contanto que se observem parâmetros, sejam constitucionais, como a livre iniciativa, sejam legais ou prudenciais, decorrentes da observação e experiência do regulador⁶⁷.

Não é sem propósito, portanto, que se chegou a afirmar que estamos em uma época de mercados mais livres, mas com mais regras (*freer markets, more rules*). O jogo de palavras pode ser assim explicado: a liberdade exsurge em determinado campo de atuação (o particular prestando serviços que antes eram monopólios estatais) e as regras em outro que antes era praticamente um vazio normativo (o

⁶⁵ **Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power.** Andrew Murray and Colin Scott.

⁶⁶ Op cit., pp. 19-20. Conferir também: MURRAY, Andrew; SCOTT, Colin. **Controlling** the new media: hybrid responses to new forms of power. *Modern Law Review*, Vol 65, 2002.

⁶⁷ BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Notas sobre o estado administrativo: de omissivo a hiperativo. rei - revista estudos institucionais**, [S.l.], v. 3, nº 1, pp. 153-179, ago. 2017, p. 169. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>>. Acesso em 17/3/2021.

monopólio era muito parcamente regulado). Assim, o aparente paradoxo, na verdade, faz contrastar com uma situação em que a ausência de liberdade de iniciativa privada, com a dominação de mercados e serviços pelo Estado, ocorria concomitantemente com poucas regras – efetivas, ao menos – de atuação do poder público, e isso em detrimento do próprio serviço público⁶⁸.

1.4 Variações sobre o mesmo tema: capitalismo regulatório

No tópico anterior, pontuou-se que a descrição do Estado atual como sendo o Estado pós-regulador parece se amoldar melhor à realidade. Com outras palavras, mas mantendo a mesma ideia de fundo, Davi Lefaur e John Braithwaite entendem que a melhor caracterização do Estado atual não é o de Estado neoliberal pura e simplesmente e nem propriamente o de Estado regulador, mas sim do que eles alcunham de capitalismo regulatório⁶⁹. Obviamente, existe a privatização (característica do Estado regulador), mas ela é somente parte de todo o fenômeno. Junto dela existe a, nas palavras de Braithwaite (2005, pp.1-2), “multiplicação de novas técnicas de regulação e metarregulação, delegação crescente de autorregulação empresarial e profissional e da sociedade civil”.

Para Braithwaite, é incorreto pensar que estamos na era que pode ser descrita nas estantes categorias de esvaziamento do Estado, privatização e desregulação. Para o autor, vive-se uma época em que existe uma

(...) regulação não estatal pela sociedade civil, empresas, associações empresariais, profissões e organizações internacionais. A divisão de poder dentro do sistema político tornou-se mais variada, com mais hibridiz pública-privado. Isso significa que a ciência política concebida estritamente como uma disciplina especializada no estudo da governança pública com a exclusão da governança corporativa, da governança de ONGs e da governança de redes transnacionais faz pouco sentido. (BRAITHWAITE, 2005, pp.34-35).

⁶⁸ Op. cit., p. 168.

⁶⁹ BRAITHWAITE, John. **Neoliberalism or regulatory capitalism** (October 2005). RegNet Occasional Paper nº 5, pp. 1-2. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=875789>. Acesso em 17/3/2021.

Davi Lefaur caminha na mesma direção. Reduzir a descrição das mudanças ocorridas no Estado a palavras como “desregulação” ou “privatização” é simplificar demais um problema complexo, que perpassa por mudanças que inclusive seriam incompatíveis com cânones neoliberais – dado o nível de intervenção nas empresas a que pode chegar a regulação estatal, a função social da empresa etc.⁷⁰

Assim, o fenômeno de fuga de poder do Estado para a sociedade é acompanhado por, segundo Levi-Faur (2007, p. 12) “um aumento na regulação, proliferação de novas tecnologias de regulação (...) e de mecanismos de autorregulação à sombra do Estado”. Daí, ao que parece, ser o erro fundamental cometido pelo ex-ministro do STF Eros Grau ao equiparar o fenômeno da “regulação” com o da “desregulação”⁷¹. Davi Levi-Faur afirma que a regulação continua ditando o ritmo das atividades empresariais e sociais, mas não necessariamente com a mesma conformação jurídica – ela agora advém de diferentes fontes, é exercida de diversas maneiras⁷².

A essa nova ordem Levi-Faur e Braithwaite chamam de "capitalismo regulatório". Nas palavras de Levi-Faur,

A nova ordem regulatória é social, política e econômica. Estado, mercados e sociedade não são entidades distintas. Na verdade, o capitalismo regulatório se baseia na compreensão das relações entre o Estado e o mercado como que fazendo um condomínio. O Estado está inserido na ordem econômica e social; espera-se que qualquer mudança no Estado se reflita na economia e na sociedade, e vice-versa. Isso se reflete nas várias dimensões da regulação. Assim, mercados eficientes não existem fora do Estado e da sociedade em que operam (...). Ao mesmo tempo, a legitimidade do capitalismo repousa na capacidade do governo de mitigar externalidades negativas por meio da “regulação social” (ou regulação do risco). A regulação é tanto um elemento constitutivo do capitalismo (como a estrutura que permite os mercados) quanto a ferramenta que o modera e socializa a regulação do risco (LEVI-FAUR, 2007, p. 13).

⁷⁰ LEVI-FAUR, David. **The rise of regulatory capitalism: the global diffusion of a new order**. In: The Annals of the American Academy of Political and Social Science, nº 598, 2007, p. 12.

⁷¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. **Interpretação da ordem econômica na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 142.

⁷² LEVI-FAUR, David. **The rise of regulatory capitalism: the global diffusion of a new order**. In: The annals of the American Academy of Political and Social Science, nº 598, 2007, p. 13.

1.4.1 Algumas características do Estado pós-regulador

Como visto, há aqueles que criticam a noção de Estado regulador porque tal expressão pretende fazer uma descrição da realidade que não combina com as tendências centrífugas em uma gama de esferas sociais: essa noção seria, portanto, muito restritiva para explicar as mudanças atuais e a diversidade na formulação de políticas. Embora, reafirme-se, o Estado permaneça como um ponto importante nas redes de governança, o hibridismo das relações entre Estado, sociedade civil e setor privado é mais bem capturado – pelo menos é o que aqui se defende – pela noção de Estado pós-regulador^{73,74}.

Segundo Michael Clarke,⁷⁵ podem-se identificar algumas características do Estado pós-regulador – por ele denominado de sociedade reguladora - por meio de uma série de tendências que se observam na sociedade contemporânea:

1. A regulação prolifera em novas áreas em resposta à busca implacável por segurança e confiabilidade, sem que isso signifique uma regulamentação dura, ou mesmo eficaz e apropriada, ou que reflita um equilíbrio razoável dos vários interesses das partes;
2. A legislação estatal é geralmente de caráter habilitador, sendo que regras detalhadas são deixadas a cargo das agências reguladoras;
3. A “prática regulatória”, ou a regulação real, a que realmente é aplicada na prática, é desenvolvida, em parte, no que o autor chama de “periferia”, com o Estado intervindo apenas intermitentemente quando as coisas vão persistente e substancialmente errado;
4. A regulação está, portanto, sujeita a crises cíclicas e escândalos, seguidos de investigação formal e re-regulação;
5. Há um convívio, que pode ser mais ou menos harmonioso, entre regulação pública e privada. No nível ideológico, segundo o autor, “isso aparece como a

⁷³ **The regulatory state in an age of governance.** Soft Words and Big Sticks. Roger King. New York, Palgrave, p. xi.

⁷⁴ **Regulatory capitalism and the reassertion of the public interest.** David Levi-Faur. Policy and Society 27 (2009) 181-191, p. 181.

⁷⁵

divisão entre o Estado benigno como patrocinador e garantidor do regulador, que luta para alcançar eficácia, ordem e equidade, e o Estado-babá incompetente, sempre interferindo e sujando as coisas e impondo custos, especialmente em tempo e oportunidade, em interesses privados, que poderiam resolver as coisas melhor sozinhos”⁷⁶;

6. A tendência é com maior preocupação não apenas em regular, mas se deve-se regular, e também com a eficácia regulatória, ou seja, com o modo de obter os resultados desejados em termos qualitativos. Trata-se de problema de grande complexidade, não apenas porque os regimes regulatórios, ou seja, as instituições, suas regras e sua implementação, são muitas vezes mal pensados e podem produzir efeitos opostos aos pretendidos, mas também porque os objetivos envolvem a conciliação de interesses cuja especificação completa só se torna evidente, muitas vezes, quando ocorre uma intervenção regulatória.

Tomando de empréstimo a análise de Julia Black, pode-se dizer que uma análise da regulação no Estado pós-regulador (por ela chamada de regulação policêntrica ou descentralizada) perpassa por três dimensões: organizacional, conceitual e estratégica.

Organizacionalmente, desvia-se o foco de órgãos reguladores individuais e enfatiza-se, em vez disso, a multiplicidade de atores que constituem um regime regulatório em um determinado setor. Conceitualmente, a análise da descentralização tem uma compreensão particular, tanto da natureza do problema regulatório quanto da natureza das relações Estado-sociedade e intraestado e intrassociedade. Isso porque tende a enfatizar a existência e a complexidade das interações e interdependências entre os atores sociais e entre os atores sociais e o governo no processo de regulação. Parte-se da constatação de que tanto regulador quanto regulado são, até certo ponto, autônomos e dependentes uns dos outros. A terceira dimensão é a estratégica ou funcional, que tem sua marca distintiva ao ser híbrida (combina atores governamentais e não governamentais), multifacetada (usando várias estratégias diferentes simultaneamente ou sequencialmente) e indireta

⁷⁶ Op. cit., pp. 21-23.

(coordenando, dirigindo, influenciando e equilibrando as interações entre os atores e criando novos padrões de interação que permitem aos atores sociais se organizarem)⁷⁷.

1.4.2 A base pluralista do Estado pós-regulador

É inegável que a concepção aqui vazada de Estado pós-regulador está assentada claramente em premissas pluralistas. Mas, até a concepção de pluralismo é plural. Falar em pluralismo pode evocar, inclusive, a figura de uma grande desordem, um mundo excessivamente fragmentado.

Ordenar o múltiplo sem reduzi-lo ao mesmo, admitir o pluralismo sem renunciar a uma medida tão objetiva quanto possível de uma noção de justo pode, portanto, parecer um objetivo inacessível e até contraditório: pluralismo remeteria à dispersão, à liberdade de movimento, portanto, à separação, desagregação, enquanto o vocábulo “ordem” convida o operador a pensar em termos de estruturação, mesmo de coação. Para superar essa potencialmente significativa contradição deve-se procurar um meio de respeito à diversidade sem desveneração à harmonia geral. Em outras palavras, defender um “pluralismo ordenado” é apostar que é possível renunciar a um pluralismo de separação, mas sem aderir à ilusão da unidade ou uniformidade jurídica do mundo em nome de uma espécie de pluralismo de fusão⁷⁸.

Por isso, talvez fosse mais oportuno utilizar outra palavra que possivelmente denotasse a ideia que aqui se quer veicular, como “pluralidade”. O uso já consagrado de “pluralismo”, contudo, faz com que se tenda aqui à sua adoção, tendo como concepção de fundo uma pluralidade ordenada a um fim.

A ideia de pluralismo que aqui se defende tem importantes consequências para a regulação. Uma das mais notáveis é que não existiria fundamento racional, econômico ou jurídico para um “princípio da uniformização”, que seria contrário à liberdade não só da empresa, como dos consumidores. Na concepção pluralista, para

⁷⁷ BLACK, Julia. **Forms and paradoxes of principles based regulation**. Capital Markets Law Journal, v. 3, nº 4, 2008, p. 431.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques**. Recueil Dalloz, Dalloz, 2006, pp. 951-957.

tomar de empréstimo as palavras de Sundfeld e Câmara (2014, p. 26), “uniformização é exceção, é excepcional, só pode ser adotada com comprovação cabal do prejuízo da liberdade, e apenas quando não houver outro meio menos interventivo”.

Como afirmam os autores:

Comete arbitrariedade e desvio de poder administrativo o regulador que, argumentando com a defesa do consumidor, impõe padronização por princípio, restringindo a variedade de ofertas e coibindo a liberdade das empresas. É arbitrário o exercício de competência regulatória quando interfere sem razão suficiente, ou em medida superior à necessária, ou ainda quando gera efeitos contrários aos objetivos pretendidos. O regulador que proíbe práticas comerciais comuns, adotadas largamente no mercado, e não é capaz de demonstrar cabalmente, com dados consistentes da realidade, que essas práticas são abusivas, está em verdade sendo arbitrário no exercício de sua competência” (SUNFELD, CÂMARA, 2014, p. 26).

Ademais, pluralismo também remete à noção de complexidade. O que caracteriza um sistema complexo e o distingue de um sistema simples é o fato de: a) ser constituído por uma muito maior variedade de componentes ou elementos que, por sua vez, se organizam em níveis hierárquicos internos (por exemplo, no corpo humano: as células, os órgãos, os sistemas de órgãos); e b) os diferentes níveis e elementos individuais estarem ligados entre si por uma grande variedade de relações⁷⁹. Essa parece ser uma apta descrição do panorama jurídico atual da regulação, em que há várias organizações internas, cada uma com sua norma – estatal, social, empresarial – todas ligadas entre si pelas mais diversas relações.

O estudioso dessa situação pode, à primeira vista, julgar que se trata de novidade das últimas décadas. Ocorre que o cenário – inclusive jurídico – complexo e plural, de certa maneira, não deixa de ser uma reedição de velhos problemas com nova roupagem. É nessa linha que se pode, quiçá, caracterizar o debate sobre a governança e o papel do Estado na regulação como um capítulo – certamente com nova formatação – do antigo dilema entre a vocação universalista e localista do Direito.

Em outras palavras, a questão que se coloca é: o Direito só tem sentido se concebido como um conjunto de normas aplicáveis a todas as situações e todos os

⁷⁹ COUTINHO, Clara Pereira; BOTTENTUIT JUNIOR, João Batista. **A complexidade e os modos de aprender na sociedade do conhecimento**. In: “Para um balanço da investigação em educação de 1960 a 2005: teorias e práticas: actas do Colóquio da AFIRSE”. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006, pp. 2-3. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/6501/1/Afirse%202007%20Final.pdf>. Acesso em 17/3/2021.

sujeitos ou pode-se falar em um Direito que reconhece diferentes modelos de aplicação de normas jurídicas? Especificamente, quanto à regulação, poder-se-ia tratar da oposição entre regulação e autorregulação como sendo, de certa maneira, um problema entre universalismo e localismo ou, dito de outra forma, de vocação universal das normas jurídicas no ordenamento, tal qual hoje se concebe, e de fragmentariedade das normas da autorregulação.

Estudar um pouco como essa aparente contradição foi resolvida ao longo do tempo deixará patente, por um lado, que o problema não é novo e, mais importante ainda, mostrará que, a par de uma concepção de pluralismo ideológico que hoje impera, nem toda concepção pluralista vincula-se à ideologia hoje prevalente.

1.5 Breve esboço histórico

No período da Alta Idade Média (de 476 d.C. até aproximadamente o ano 1.000 d.C.) havia uma clara tensão entre universalismo e localismo em suas mais variadas facetas. Nas palavras do García-Pelayo,

(...) a vida do homem se desdobrava entre duas polaridades, já que, por um lado, ele se sentia membro de uma comunidade universal, ao passo que, por outro lado, sua existência cotidiana se desenvolvia em esferas espaciais e sociais muito restritas, que mal ultrapassavam o horizonte mais imediato (GARCIA-PELAVO, 1962, p. 14).

No aspecto universal, o homem era membro da comunidade religiosa, da Igreja Católica, que tinha um caráter marcadamente concreto, pessoal, coeso, com finalidade precisa. No campo localista é preciso compreender que a maior parte da vida social se desenvolveu em esferas muito pequenas, florescendo em diminutas comunidades autônomas, o que terminou por acentuar bastante o pluralismo⁸⁰.

O localismo que gerou o pluralismo medieval foi o resultado de vários fatores históricos – o que discrepa, em certo grau, do pluralismo ideológico atual. Em primeiro

⁸⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **La idea medieval del derecho**. Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 15.

lugar, a escassez populacional dificultava a ocupação de territórios extensos e, assim, os homens se concentraram em localidades precipuamente rurais, sem ligação entre si, dada a precariedade do sistema de estradas e sua periculosidade. O localismo geográfico, ressaltado-se, foi ainda reforçado pelo – e por sua vez reforçou – o localismo linguístico⁸¹.

Ademais, em termos econômicos, a Alta Idade Média – tirante a pequena parcela do comércio realizado a distância, sempre com número reduzido de pessoas – caracterizou-se pela forma autárquica, doméstica de produção. Com toda a produção ocorrendo no feudo ou no mosteiro, o contato permanente com o “mundo exterior” foi muito diminuído, fomentando ainda mais o localismo⁸².

Junte-se a isso o fato de que, com a “escassez de meios institucionais e a fragilidade do poder de dominar espaços relativamente amplos, os homens careciam de proteção legal fora de seu grupo social, seja territorial ou pessoal, que o condicionou a se apegar a ela com a consequente limitação de seu sistema de relações sociais”⁸³.

Dessarte, terminou por emergir um pluralismo variado, constituído de pequenas ordens jurídicas, coexistentes ao mesmo tempo, originadas nos costumes ou no pacto e dotadas de alcance muito restrito. A ausência de uma entidade central (Estado) capaz de, efetivamente, impor regras jurídicas de validade geral culminou com o fato de que o direito positivo terminou sendo, em grande parte, uma criação da sociedade – ou de, pelo menos, algumas de suas partes – e, portanto, deveria oferecer o mesmo pluralismo da fonte da qual emanou, pluralismo que obedecia a pressupostos territoriais e pessoais⁸⁴.

Ou seja, como não existia um poder central que garantisse e proclamasse o direito sobre a sociedade, ele deveria se adequar à realidade social, isto é, às especificidades das terras e dos povos em vez de adaptá-las – como no Estado moderno – à norma jurídica geral e abstrata. Assim, houve uma profusão incalculável

⁸¹ Op. cit., p. 16.

⁸² Op. cit., p. 16.

⁸³ Op. cit., p. 16.

⁸⁴ Op. cit., p. 20.

de direitos territoriais ou locais; a dispersão jurídica era o sinal da época. A formação da lei remonta aos menores círculos locais (“à direita da esquina”)⁸⁵.

Junte-se a isso que a pluralidade jurídica da época também é tributária das distinções entre diferentes grupos sociais (senhores, cavaleiros, servos, clero) e que, para uma mesma pessoa, poderia haver um direito específico para cada relação jurídica que travava – como um senhor enquanto senhor de seus servos, ou vassalo de outro⁸⁶.

Em contraposição a essa conjuntura, houve também, inegavelmente, um viés universalista do Direito durante a Idade Média, o que foi reforçado por uma tríplice força: a) afirmação de um Direito divino e natural, válido para todas as pessoas, inclusive os não cristãos; b) existência de um Direito Canônico válido para toda a Igreja, isto é, para toda a sociedade cristã com todos os seus países e todas as suas categorias ou grupos; e, especialmente, c) a partir do século XI, pela pretensão de universalidade do Direito romano, fenômeno vinculado tanto a um renascimento intelectual quanto à tendência dos imperadores medievais de afirmarem a universalidade do seu poder e se considerarem sucessores dos imperadores Romanos e, portanto, titulares e continuadores de seu Direito⁸⁷. Obviamente, o contexto de força do Direito romano adveio do Sacro Império Romano-Germânico.

Com efeito, a partir do século XIII, a concentração de poderes no rei e no imperador começa a mudar a face do Direito medieval. A sociedade passa a se centrar no rei como se fora a própria lei – rei como *lex animata* –, o que foi propiciado, em especial, pela formação de um direito racionalizado, calculado para ordenar a sociedade a partir de uma de certa forma e, também, pelo surgimento “de uma classe profissional de juristas que constituiriam a classe dominante e que, *mutatis mutandis*, desempenharia na nova sociedade papel análogo ao dos sacerdotes na sociedade teocêntrica”⁸⁸. As universidades, que já se haviam tornado centros de renovação da cultura greco-romana com o fim da Idade Média, tornaram-se um local de formação

⁸⁵ Op. cit., p. 20.

⁸⁶ Op. cit., p. 21.

⁸⁷ Op. cit., pp. 17-18.

⁸⁸ Op. cit., p. 21.

jurídica acadêmica baseada no estudo do Direito romano, o que veio a inspirar a criação dos direitos nacionais nos novos Estados europeus⁸⁹.

1.5.1 A ordem westfaliana e seu esfacelamento

Todo esse quadrante de tendência universalista do Direito, desenvolvido lentamente e reforçado ao longo de séculos, ganhou novo impulso com a chamada ordem de Westfália, estabelecida pelo tratado de mesmo nome, em 1648. É comum referir-se ao fato de que a soberania estatal, formalizada, reconhecida pelas negociações internacionais outorgou ao Estado – ou ao menos reforçou – o exercício do poder soberano dentro de suas fronteiras nacionais ou o monopólio da força física sobre um determinado território. Isso significaria que o poder do Estado seria supremo, impossibilitando sua limitação por qualquer outra unidade que detivesse poder ou autoridade⁹⁰.

Um dos objetivos do Estado moderno, ao elaborar regras claras dirigidas às sociedades, foi o de facilitar as trocas comerciais, incentivando padronizações, reduzindo custos de transação, criando o ambiente ideal para o capitalismo florescer. Inclusive é nesse contexto que também deve ser interpretado o Tratado de Westfália. Como o Direito da Idade Média era policêntrico, não sendo adaptável a esse novo contexto social, resgatou-se, no Direito romano, um corpo jurídico coerente e ligado ao modelo de Estado centralizado. O processo de positivação das normas jurídicas, acentuado principalmente após a “Era das Revoluções”, em que o princípio da legalidade adquire caráter praticamente inquestionável, demonstra a vitória do monismo jurídico, no qual o Direito, legislado e escrito, confunde-se com a figura do Estado⁹¹.

⁸⁹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz; FERREIRA, Carla Froener. **Neomedievalismo jurídico ou hipercomplexidade? Comparando os pluralismos medieval e contemporâneo**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], nº 30, pp. 77-106, dez/2016, p. 86. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22253>>. Acesso em 18/3/2021.

⁹⁰ CHINAGLIA, Pedro Henrique; VIANA, Waleska Cariola. **Estado westfaliano versus Estado-nação e seus reflexos nas colônias da América Latina**. Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019, p. 172.

⁹¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz; FERREIRA, Carla Froener. **Neomedievalismo jurídico ou hipercomplexidade? Comparando os pluralismos medieval e**

Observa-se, portanto que, com a modernidade, o Estado passa a ser o centro difusor principal do Direito, limitando-se enormemente o uso dos costumes privados e, assim, o Direito cada vez mais se confunde com o Direito legislado⁹².

Vê-se, assim, como progrediu o projeto de redução do pluralismo jurídico, fundamentado, em geral, pelo reforço do poder da coroa e pela valorização da lei como manifestação da vontade do monarca. Buscou-se esvaziar os poderes periféricos, no que se denominou “absolutismo jurídico”, assim definido por um “rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública” que substituiu, ou pelo menos tentou substituir, a complexidade e a riqueza do pluralismo jurídico⁹³ – isso por meio da concentração de poder no Estado e por meio da racionalização do mundo dos fatos⁹⁴.

É inegável que o modelo jurídico de atuação do Estado regulador está apoiado, amplamente, no modelo engendrado pelo Tratado de Westfália, sobre o qual se baseia a ideia de soberania do Estado, com a responsabilidade pela governança social exercida por meio de agências estatais. Assim, por exemplo, a segurança foi vista como, essencialmente, uma função do Estado, o que era verdade tanto empírica como normativamente. Essa visão centrada na governança estatal da segurança, privilegiando as estratégias e práticas dos três Cs (*cops, courts, corrections*) permanece, até hoje, o dominante paradigma estruturador da atuação do Estado de muitos estudiosos do tema.

Acresce que, embora durante algum tempo tal descrição tenha sido considerada o retrato preciso da realidade social, hoje é cada vez mais reconhecida como apenas uma parte de uma imagem muito maior⁹⁵.

contemporâneo. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], nº 30, pp. 77-106, dez/2016, p. 86. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22253>>. Acesso em 1/3/2021.

⁹² Op. Cit., p. 86.

⁹³ TEIXEIRA, Milena. **Conflito de jurisdição e crime de lesa-majestade: o caso da capitania da Bahia entre 1783-1787.** Mosaico. V. 12, nº 141, 2020, p. 15 (PDF). Disponível em Teixeira, Milena. (2020). Conflito de Jurisdição e crime de lesa-majestade: o caso da capitania da Bahia entre 1783-1787. Mosaico. 12. 141. 10.12660/rm. V. 12, nº 18.2020.81231. Acesso em 18/3/2021.

⁹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **La idea medieval del derecho.** Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 56.

⁹⁵ Shearing, Clifford D; Wood, Jennifer. **Nodal governance, democracy, and the new “denizens”.** Journal of Law and Society, 30(3): 400-419, 2003, p. 3 (PDF). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2723901>. Acesso em 18/3/2021.

A dificuldade de raciocinar fora dessa estrutura de arranjos estatais do Direito pode ser explicada, em parte, pela naturalidade com que se afigura ao estudioso moderno o universalismo jurídico. Mas é uma armadilha, como nos diz Alexandre Araújo Costa, tomar como natural o que é familiar. A regulação de todos os âmbitos da vida social pelos legisladores não é algo natural. Inclusive, conforme já frisado, anteriormente à modernidade pós-revolucionária (expressão que, quiçá, constitua um pleonasma), grande parte do Direito não podia ser alterada por via legislativa e, mesmo dentro das monarquias absolutistas, a maior parte do Direito não tinha natureza legislada⁹⁶.

Antes das grandes codificações do século XIX, as normas jurídicas não eram majoritariamente elementos do Direito legislado. Ademais, muitas das normas sociais provinham de um autorregramento autônomo das diversas ordens sociais: famílias, corporações de ofício e comunidades territoriais. O direito legislado das Ordenações Filipinas se limitava a organizar o Estado, estabelecer as sanções criminais e organizar o processo judicial. Fora desses limites, o Direito não adotava uma forma legislativa⁹⁷.

O historiador português António Hespanha (2013, p. 30) chegou a afirmar que “em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenômeno minoritário, era também um fenômeno subordinado”. Por isso, esse contexto produzido pelo Estado de expansão do Direito legislado é chamado por António Hespanha de “projeto de redução do pluralismo”, que integra o projeto iluminista, configurando uma maneira de superar os costumes locais e o Direito romano redescoberto na Idade Média por meio de uma legislação pretensamente modernizada, capaz de regular, de modo racional e minucioso, os vários e mais abrangentes aspectos da vida social. Esse projeto culminou na produção dos códigos que revogaram as ordens costumeiras, estabelecendo um Direito único para os Estados liberais⁹⁸.

Nada obstante, é comum que as pessoas e as organizações possuam uma série de afiliações não estatais, o que, de maneira simplificada, implica uma certa modulação de suas condutas por regras não estatais. E tais ligações podem ser

⁹⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e política**. Pensar, Fortaleza, v. 18, nº 1, pp. 9-46, jan/abr 2013, p. 29.

⁹⁷ Op. cit., p. 29.

⁹⁸ Op. cit., p. 30.

explicadas por uma série de fatores, sociais e morais, não necessariamente vinculados a uma atuação estatal. Isso parece infirmar, por conseguinte, a tese de que essa "pluralização" de governança possa ser atribuída simplesmente a uma política deliberada dos governos estatais conhecida como "devolução" de funções de governança a outras agências e agentes; pelo contrário, a constatação que se impõe é que grande parte dela não foi planejada ou antecipada, ou seja, o que está ocorrendo não é simplesmente a devolução das funções do Estado sob a influência de programas de reforma "neoliberais", mas extensão das atividades existentes de agências não estatais, bem como o surgimento de novas formas de atividade governamental fora do Estado⁹⁹.

É preciso vincar bem esse ponto: o que os autores que estudam a denominada "nova governança" constatarem é que o fenômeno que se observa não é de simples abdicação do poder estatal ou de delegação aos privados das funções estatais; tal descrição da realidade serviria para obscurecer até que ponto os desenvolvimentos que se destacaram ocorreram sem intervenção direta do Estado. O crescimento da governança não estatal, com e sem ação estatal, tornou cada vez mais difícil manter essa visão de governança centrada quase que exclusivamente no Estado¹⁰⁰.

Obviamente, as próprias estruturas legais fundadas no Estado terminaram por desempenhar um papel importante na viabilização desses desenvolvimentos. Por exemplo, quando a lei assegura a propriedade privada, ela propicia que os proprietários assumam um papel na governança da segurança. Uma conclusão a ser tirada disso é a importância de desenvolver uma análise que reconhece os vínculos que relacionam os centros estatais e não estatais de governança com as atividades nas quais eles estão envolvidos. Para fazer isso, alguns autores propõem uma concepção de "nodal" em vez de uma governança centrada no Estado¹⁰¹.

Dentro dessa visão, nenhum centro de governança recebe prioridade conceitual *a priori*. Em vez disso, a natureza exata da governança e a contribuição dos vários agentes, para ela, são consideradas questões empiricamente abertas. Por

⁹⁹ Shearing, Clifford D; Wood, Jennifer. **Nodal governance, democracy, and the new "denizens"**. *Journal of Law and Society*, 30(3): 400-419, 2003, p. 3 (PDF). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2723901>. Acesso em 18/3/2021.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 4.

¹⁰¹ Op. cit., p. 5

isso é difícil concordar com o discurso de que a nova governança pode ser descrita como um “dirigir” do Estado e um “remar” dos privados. É fato que houve devolução de serviços governamentais a particulares, mas também houve uma mudança significativa no direcionamento da governança para longe das agências estatais¹⁰².

As concepções de unidade e hierarquia das normas jurídicas impostas pela constituição típica do Estado-nação westfaliano também tendem a entrar em xeque. Por força mesmo da globalização, os ordenamentos jurídicos nacionais são complementados por outros nacionais ou supranacionais e, mesmo em campos específicos, as relações jurídicas e comerciais ficam cada vez mais sujeitas a uma ordenação não estatal (como ocorre na governança da internet), alcançando uma independência cada vez maior da regulamentação ou controle governamental¹⁰³.

Diante desse cenário – e considerando, adicionalmente, que na raiz de muitas concepções pluralistas hodiernas há uma gama de diferentes concepções, estilos e filosofia de vida –, como evitar uma desordem global ou mesmo nacional de ordens normativas?

A fim de evitá-la, pode-se fazer a seguinte análise, partindo de um exemplo: tome-se o fato da aprovação de uma lei no parlamento. O tão-só fato de sua aprovação não significa que houve convergência total de interesses. É preciso observar que há uma “dinâmica de convergência e divergência” em relação às leis. A divergência é bem clara quando dos debates no parlamento; a convergência acontece seja com a aprovação da lei – que termina sendo fruto dos interesses divergentes, mas que, ao menos momentaneamente, convergiram –, seja quando de sua aplicação pelo poder Judiciário em um processo considerado justo pelas partes.

Obviamente, tal convergência termina sendo muitas vezes puramente formal; esta pode até ter aptidão para sustentar a hierarquia e a unidade necessárias do sistema jurídico; contudo, a harmonia ou a coesão social não podem advir somente dela. Por conseguinte, alguma forma de convergência material é também necessária, mesmo nas sociedades pluralistas.

¹⁰² Op. cit., p. 5.

¹⁰³ ROSENFELD, Michel. **Constitutional versus administrative ordering in an era of globalization and privatization: reflections on sources of legitimation in the post-Westphalian polity**. *Cardozo Law Review*, v. 32, 2011, *Cardozo Legal Studies Research Paper* nº 341, p. 13. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1875926>. Acesso em 18/3/2021.

Nas palavras do autor,

A [convergência] formal refletiria uma aceitação da função da ordem constitucional e legal vigente como um meio de resolver questões sobre as quais nenhum acordo material entre a pluralidade de pontos de vista concorrentes dentro da política parece possível. Os pontos materiais de convergência, por outro lado, resultam de uma semelhança ou sobreposição normativa que se espalha por uma vasta maioria de perspectivas normativas concorrentes dentro da política (ROSENFELD, 2008, p. 422).

Portanto, a sustentação de um regime pluralista requer, de um lado, uma convergência formal dos atores, resultando em um sistema jurídico minimamente coerente e aceito; por outro, requer também certa dose de convergência material, nas palavras de Rosenfeld (2008, p. 423), “grau suficiente de semelhança percebida ou sobreposição entre interesses concorrentes para garantir convergência material suficiente de modo a evitar desafios excessivos ou excessivamente perturbadores à legitimidade da lei”.

Tais constatações são fulcrais para pautar a atuação estatal no âmbito regulatório. Nessa linha, seu papel é o de construir uma estratégia dinâmica que tente ao máximo fomentar a convergência material, procurando que os regulados internalizem, o máximo possível, as perspectivas normativas embutidas nas políticas públicas e no bem comum, sem que isso signifique anular a inovação, o lucro, a legítima liberdade de exploração comercial. Ademais, ele precisa garantir a convergência processual, demonstrando confiança no regulado e, quando este abusar dela, por meio de seu procedimento sancioná-lo e submetê-lo a um regime mais rigoroso, mas aplicado com justiça.

No fim das contas, a dinâmica centrífuga da ordem pós-westfaliana (governança não estatal, autorregramento da vontade, pluralismo, organizações não governamentais, movimentos sociais, sindicatos e comunidades portadoras de regramentos próprios para a tomada de decisões relacionadas às pessoas a eles associadas) deve ser contrabalançada por uma outra dinâmica centrípeta, de convergência formal e material, tanto quanto possível¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 424.

A ideia racionalizadora que permeou o Direito nos últimos séculos, mas especialmente após as grandes revoluções do fim do século XVIII, ruiu, em grande parte, diante de constatação de um grande descompasso entre Direito e sociedade ao longo do século XX¹⁰⁵. Obviamente, nas últimas décadas, tal processo acelerou vertiginosamente, a tal ponto que não é mais nem necessário esperar determinado lapso temporal para falar em desuetudo normativo: a velhice da lei é, muitas vezes, contemporânea a seu nascimento, num interessante paradoxo temporal¹⁰⁶.

A constatação da existência do pluralismo no Direito contemporâneo torna natural a procura por semelhanças e diferenças com o Direito na época da Idade Média, conforme comentado acima, a ponto inclusive de alguns denominarem a situação atual de medievalismo jurídico¹⁰⁷. Ocorre que o pluralismo da sociedade contemporânea decorre, antes de tudo, de sua “pós-modernidade”, ou seja, da ausência de qualquer parâmetro fixo, imutável de verdade, e nem mesmo a lei promulgada pelo Estado é capaz de suprir essa lacuna. Portanto, o que se observa é um processo de “deslocalização, desconcentração e descentralização”, em que o Estado é uma figura importante, sem dúvida, mas apenas uma das múltiplas figuras do ordenamento jurídico¹⁰⁸.

É justamente essa descentralização de poder que sugere uma aproximação com a fragmentada sociedade medieval e a comparação entre os sistemas jurídicos reinantes. Por um curioso fenômeno de sucessão do tempo, o paradigma pós-Estado-nação é justamente o anterior a esse próprio Estado-nação. Mas, de novo, o pluralismo atual acontece em bases bem diversas. De fato, as noções fundantes da

¹⁰⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz; FERREIRA, Carla Froener. **Neomedievalismo jurídico ou hipercomplexidade? Comparando os pluralismos medieval e contemporâneo**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], nº 30, p. 77-106, dez/2016, p. 88. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ferj/article/view/22253>>. Acesso em: 18/3/2021.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 89.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 90.

¹⁰⁸ Os exemplos abundam: “Podem ser citados como exemplos de normas não estatais os códigos de ética e de conduta das empresas multinacionais; a nova *lex mercatoria*, conjunto de regras privadas desenvolvidas pelo empresariado com objetivo de regular o comércio internacional; as regulamentações profissionais elaboradas pelos órgãos de classe; o Direito Desportivo mantido por entidades privadas; o Direito criado pelos povos indígenas; as regras de um núcleo familiar, o Direito ‘paralelo’ das comunidades estabelecidas em favelas brasileiras). Sobre esse último exemplo, as associações de moradores de favelas no Rio de Janeiro desempenham o papel de vínculo entre a administração pública e a comunidade local, mantendo a ordem e segurança, bem como assistindo seus membros no possível. Outro exemplo interessante é a multiplicação dos ‘enclaves fortificados’ nos tempos atuais, ‘espaços privatizados, fechados e monitorados para residência consumo, lazer ou trabalho’” (op. cit., p. 90).

modernidade (crença ilimitada no racionalismo, linearidade histórica rumo ao progresso e fortalecimento dos Estados nacionais) romperam-se por conta de diversas experiências traumáticas do século XX:

(...) são acontecimentos que auxiliaram para que ocorresse tal "eclipse da razão", como as guerras mundiais, o Holocausto e a manipulação da energia atômica para fins bélicos. Ficou claro que o mesmo movimento que serviu ao progresso civilizacional e tecnológico gerou condições para a disseminação da barbárie, ou seja, o aperfeiçoamento técnico andou de mãos dadas com a desumanização (NOHARA, 2014, p. 363).

Ademais, observe-se que, apesar do relativo enfraquecimento do Estado contemporâneo, do surgimento de vários pontos de poder, ele ainda se encontra bastante presente na vida social e jurídica, ao passo que era inexistente, nos atuais moldes, durante a época medieval. Ainda, o pluralismo moderno é muito mais decorrente de uma ideologia, vista como um enfrentamento de maiorias, opressões, muita vez dirigida contra o próprio Estado, enquanto o pluralismo medieval era baseado nos fatos da época, como que algo natural de ocorrer, muito longe de constituir uma revolta calculada ou coisa do tipo. Em outras palavras, e encerrando o tópico, poder-se-ia dizer que o pluralismo moderno é muito mais subjetivo e o da época medieval tem bases mais objetivas. Entende-se, portanto, descabida a comparação entre ambos.

1.6 A necessária releitura da teoria das fontes do Direito

As constatações feitas acima, acerca da reconfiguração universalista do Direito em consequência da própria mudança na relação entre Estado e da sociedade levam, inexoravelmente, também a uma reconfiguração da teoria das fontes do Direito. Ainda hoje predomina fortemente uma visão que é herança do positivismo jurídico do século XIX, qual seja, a de que a principal fonte do Direito é a legislativa, sendo todas as outras meramente subsidiárias a ela¹⁰⁹.

¹⁰⁹ BURMANN, Tatiane; CENCI, Daniel Rubens; BAÚ, Vanderlise Wentz. **A fragilização do positivismo jurídico no contexto da sociedade globalizada**. Pensar, Fortaleza, v. 23, nº 3, pp. 1-11, jul./set. 2018, p. 2. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7090>. Acesso em 18/3/2021.

Trata-se de visão que é reputada hoje – na linha do quanto trabalho até o momento aqui – insuficiente para capturar todas as nuances de diferentes modalidades de produção do Direito. Isso tem estreita correlação com uma revisão da própria teoria das fontes do Direito, surgida a partir da constatação de que o Direito é, ao menos em parte, um produto cultural, não somente um dado natural¹¹⁰.

A seguinte passagem de Luís Roberto Barroso sintetiza, acertadamente, o referido processo de transformação histórico:

No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o império, a igreja, o príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O Direito “comum” era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça do seu conteúdo. “*Veritas, non auctoritas facit legem*” é a fórmula que expressa o fundamento jusnaturalista de validade do direito pré-moderno (...). O Estado de Direito moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado legislativo de Direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa. “*Auctoritas, non veritas facit legem*”: este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, a Ciência Jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do Direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete à lei como única fonte de legitimação (BARROSO, 2007, pp. 204-205).

Como já acentuado, o Direito legislado tende à estabilidade, restando, devido a seu fixismo, não só rapidamente desatualizado ante a realidade, mas também não deixando espaço suficiente para a legítima liberdade criativa das pessoas e das empresas, adentrando minúcias desnecessárias para atingir seus objetivos. Ocorre, por conseguinte, um “esgotamento da racionalidade frente aos novos modos de ser, os quais exigem novas regras. Assim, aquele entusiasmo que estava no centro das revoluções liberais e no íntimo das codificações, no sentido de que a lei é a forma

¹¹⁰ Op. cit., pp.3-4.

mais adequada e segura de expressar o Direito e assegurar a solidez das relações sociais, finda por ser a razão de seu próprio perigo nos dias atuais”¹¹¹.

Destarte, ao lado do Direito legislado é preciso reconhecer a grande relevância que tem hodiernamente no ordenamento jurídico o autorregramento da vontade. O debate em torno da força normativa da autonomia privada também se insere no contexto entre vocação universal e localista do Direito: a autonomia privada daria proeminência aos interesses do agente, ao passo que a norma geral visaria aos interesses da comunidade¹¹². Ressalte-se, contudo, que tal visão é extremamente reducionista do papel do interesse privado, que muito mais do que uma perseguição egoística de um caminho próprio insere-se dentro da própria comunidade como parte integrante, incindível. Esse tema será detidamente abordado nos capítulos seguintes.

Importante, neste momento de releitura das fontes do Direito, e voltando especificamente ao tema que ocupa a presente tese, frisar que a cultura regulatória não deixa de ser uma das fontes do Direito¹¹³.

A cultura regulatória encontra sua origem: i) na cultura geral dos atores de uma comunidade reguladora específica; ii) na estrutural social e política em que baseada a agência reguladora, e a correlação de poder dentro e fora dela, como a necessidade de prestar contas ao Legislativo, ao Tribunal de Contas, pressões sociais etc.; iii) na legislação setorial, que se traduz em diretrizes oficiais para o encaminhamento de assuntos e regularmente invocadas para tomadas de decisões. É claro que, muitas vezes, as normativas regulatórias são amplas, sendo preenchidas pelo regulador a depender de várias situações; mas, mesmo assim, não deixam de apresentar caminhos de soluções; iv) na jurisprudência e decisões judiciais em geral, uma vez que as divergências no âmbito administrativo são frequentemente resolvidas na seara judiciária; v) na tradição regulatória desenvolvida no âmbito da própria agência. Trata-

¹¹¹ BURMANN, Tatiane; CENCI, Daniel Rubens; BAÚ, Vanderlise Wentz. **A fragilização do positivismo jurídico no contexto da sociedade globalizada**. Pensar, Fortaleza, v. 23, nº 3, pp. 1-11, jul/set 2018, p. 8. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7090>. Acesso em 18/3/2021

¹¹² Cf. Amaral Neto, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, v. 26, nº 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989.

¹¹³ MEIDINGER, Errol. **Regulatory culture: a theoretical outline** (1987). 9(4) Law and Policy 355-386 (1987), SUNY Buffalo Legal Studies Research Paper nº 1987-100. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2477104>. Acesso em 18/3/2021.

se de políticas, costumes e procedimentos operacionais que geralmente desempenham um papel central na organização das interações regulatórias; vi) no próprio histórico acadêmico e profissional dos reguladores¹¹⁴.

Isso terá importantes implicações quando da discussão acerca da modelagem regulatória a ser adotada, uma vez que irá balizar e influenciar fortemente a atuação do regulador, visto que a estratégia regulatória não é edificada em vácuo, mas sempre em um contexto concreto.

1.7 Desafios da regulação na era da informação

A fim de fechar o presente capítulo é importante trazer à baila o tamanho do desafio regulatório estatal na “era da informação”. Como ponto de partida, cite-se o emblemático caso que ficou conhecido mundialmente como o escândalo da Volkswagen. Em setembro de 2015, tornou-se público que a Volkswagen havia projetado o software de controle de emissões para seus motores a diesel para que cumprisse os limites de emissões prescritos pelos reguladores apenas quando se detectasse que o veículo estava sendo submetido a testes de emissões. Afora essas situações, o software empregou um “dispositivo de anulação” a fim de desativar a funcionalidade de controle de emissões, resultando em emissões que excederam amplamente os limites regulamentares aplicáveis. O escândalo resultou na renúncia do CEO da Volkswagen, uma queda abrupta no valor das ações da empresa e uma onda de multas e *recalls* abrangendo três continentes¹¹⁵.

O caso desse dispositivo da Volkswagen – que escapou da detecção por seis anos e, finalmente, foi descoberto não por reguladores, mas por pesquisadores independentes – ilustra, potencialmente, uma grande e preocupante incompatibilidade entre objetivos regulatórios e métodos regulatórios tradicionais. Isso porque, tradicionalmente, aqueles que cuidam de regular as emissões de gases nocivos ao meio-ambiente têm-se preocupado em definir e aplicar metas de desempenho que

¹¹⁴ Op. cit., passim.

¹¹⁵ COHEN, Julie E. **The regulatory state in the information age** (January 11, 2016). Theoretical inquiries in law, v. 17, n.º. 2 (2016 Forthcoming), p. 372. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2714072>. Acesso em 18/2/2021.

serão fiscalizadas por eles mesmos, não em realizar auditorias de software. A necessidade – que agora parece crescente – de entrar no negócio de auditoria de software, por sua vez, levanta problemas metodológicos e procedimentais pouco familiares aos reguladores. De fato, se a regulação das emissões automotivas deve ser eficaz, os reguladores devem, a partir de agora, fiscalizar os algoritmos de softwares em veículos¹¹⁶.

A lógica por trás do design regulatório tradicional teve, basicamente, duas preocupações principais: facilitar o surgimento e a preservação de estruturas de mercado que possibilitem uma concorrência justa e prevenir danos à saúde e segurança públicas – sem desconsiderar outros objetivos que ao longo do tempo foram incorporados à regulação com viés mais marcadamente social – como melhoria da qualidade do serviço¹¹⁷.

Ocorre que desenvolvimentos tecnológicos e novas formatações de negócios perturbaram os entendimentos convencionais de poder de mercado e danos ao mercado. O exemplo sempre lembrado é o da Microsoft, que, embora não proibisse os consumidores de usar navegadores concorrentes, criou caminhos de instalação cuidadosamente projetados para direcioná-los ao Internet Explorer¹¹⁸.

Mas, de forma mais geral, esse problema fica patente quando se analisam as regras antidiscriminação. Em geral, as normas regulatórias incluem regras antidiscriminação – ou seja, normas destinadas a garantir que os fluxos de informação sobre os bens, serviços e recursos em oferta sejam imparciais ou neutros em relação ao usuário/consumidor. As regras antidiscriminação são, em geral, de duas espécies: fomentam a divulgação de informação para o combate a ela e outras são relacionadas a bloqueio de informações (proibição de propaganda enganosa e de obtenção de informações privilegiadas)¹¹⁹. A dificuldade atualmente enfrentada pelos reguladores é para alcançar uma regulação antidiscriminação significativa sob as condições do *infoglut*, ou seja, uma situação de sobrecarga de informações, com um enorme fluxo

¹¹⁶ Op. cit., p. 372.

¹¹⁷ Op. cit., p. 389.

¹¹⁸ Op. cit., p. 376.

¹¹⁹ Op. cit., p. 383.

dela disponível a qualquer pessoa com acesso à Internet – um conjunto diferente de premissas fundamentais é necessário¹²⁰.

Muitas das regras regulatórias e mesmo da mentalidade dos reguladores tomaram "forma durante uma era de relativa escassez de informações", em que muitas batalhas políticas "giravam em torno de questões de escassez e restrição de acesso à informação". Os dilemas presentes, contudo, partem da premissa de abundância da informação, que por sua vez permite novos tipos de assimetrias de poder que giram em torno do acesso diferenciado aos dados e à capacidade de capturá-los, armazená-los e processá-los em grande escala. Sob condições de *infoglut*, o problema não é a escassez, mas sim a necessidade de novas maneiras de eliminar a desordem e reposicionar o poder em plataformas, bancos de dados e algoritmos – o que pode ser facilmente manipulado¹²¹. Como relata Julie Cohen,

De uma perspectiva regulatória, o problema com o infoglut é que ele torna as regras de imposição de informações fáceis de manipular e as regras de bloqueio de informações fáceis de contornar. Considere primeiro o problema de como conduzir uma regulamentação e fiscalização antidiscriminação significativa sob condições de infoglut. Para aplicar as leis antidiscriminação existentes de forma eficaz, as várias agências precisam da capacidade de detectar e provar a discriminação, mas essa tarefa é cada vez mais difícil quando as decisões sobre empréstimos, empregos e habitação são feitas por meio de critérios embutidos em algoritmos complexos usados para detectar padrões em massas de dados (COHEN, 2016, p. 384).

Assim, cada vez mais, os reguladores devem lidar com os métodos pelos quais as decisões dos regulados são tomadas – ou seja, com algoritmos, big data¹²². Ocorre que, em geral, o conjunto existente de ferramentas regulatórias estatais não é facilmente adaptável para realizar esse tipo de exame¹²³. Mais uma vez, fica patente a necessidade de uma abordagem na qual o Estado conjuga esforços com outros atores privados para modelar a regulação a fim de recrutar a expertise deles. Tal necessidade se torna ainda mais premente porque essas novas tecnologias, em sua maior parte, são mantidas por empresas privadas, não pelo Estado, o que significa

¹²⁰ Op. cit., p. 383.

¹²¹ Op. cit., p. 384.

¹²² Op. cit., p. 385.

¹²³ Op. cit., p. 385

que uma abordagem regulatória centrada no Estado pode ser ineficaz na entrega de resultados desejáveis.

Ademais, o desenvolvimento (e a aplicação) da tecnologia pode ser rápido. Há, portanto, uma possibilidade real de que qualquer sistema regulatório se torne “desconectado” da própria tecnologia, na medida em que os controles regulatórios não possam mais ser aplicados de forma adequada ao novo desenvolvimento em questão. Os controles existentes devem, portanto, ser capazes de responder rapidamente a tais mudanças.¹²⁴

A regulação, de fato, será, em tese, mais eficaz quando aqueles que possuem as informações e o conhecimento necessário para tomar decisões regulamentares sólidas e informadas tenham parte ativa em sua formulação. No entanto, com as novas tecnologias, recursos-chaves como experiência, conhecimento e informação são frequentemente mantidos por atores não estatais que pesquisam e desenvolvem novas tecnologias: o desequilíbrio de “recursos” no contexto das novas tecnologias é particularmente agudo. Em suma, são aqueles que estão na vanguarda das novas tecnologias que possuem a informação e o conhecimento necessários para tornar a regulamentação eficaz¹²⁵.

A *desconexão regulatória* pode surgir em qualquer estágio do ciclo regulatório, desde antes mesmo de os reguladores chegarem a um acordo sobre uma posição até depois de um regime regulatório ser posto em prática. Roger Brownsword distingue entre desconexão “descritiva” e “normativa”. A desconexão descritiva ocorre quando “as descrições empregadas pela regulamentação não correspondem mais à tecnologia ou às várias práticas relacionadas à tecnologia que são alvos pretendidos pela regra”¹²⁶. A desconexão normativa, por outro lado, ocorrerá quando os valores subjacentes a um regime regulatório forem questionados, talvez porque um novo desenvolvimento levanta questões de princípio ou política. Com as novas tecnologias, há o risco tanto de um quanto de outro.

Além de todos esses desafios, a descentralização da governança social tem gerado uma forma nova e menos óbvia de “terceirização informal” de tarefas

¹²⁴ ABBOT, C. **Bridging the gap non-state actors and the challenges of regulating new technology.** *Journal of Law and Society*, 39(3), 329-358, 2002, p. 329.

¹²⁵ Op. cit., p. 330.

¹²⁶ Op. cit., p. 331.

regulatórias: trata-se das plataformas comunidades *peer to peer* (comunidades P2P). Esse fenômeno é particularmente visível na chamada economia compartilhada, em que serviços não licenciados são intermediados por uma série de plataformas on-line (como Uber e Airbnb) no contexto de hospedagem, alimentação ou compartilhamento de veículo e os usuários em potencial atribuem grande importância às classificações e avaliações de antigos consumidores de serviços. Essa crescente dependência de mecanismos de reputação on-line é, no entanto, mais problemática do que pode parecer à primeira vista¹²⁷.

Na economia compartilhada, os mecanismos de reputação on-line não são mero complemento aos regulamentos existentes e às inspeções públicas de hotéis e restaurantes. Em várias cidades em todo o mundo, os anfitriões não são obrigados a cumprir os estritos requisitos de licenciamento de hotelaria, desde que recebam os hóspedes esporadicamente. Os mecanismos de reputação on-line terminam sendo a única informação relativa à qualidade e segurança dos serviços que os consumidores em potencial podem ter à sua disposição. Mesmo que esses mecanismos de reputação sejam apoiados por mecanismos regulatórios privados implementados por plataformas on-line (por exemplo, mecanismos de resolução de disputas on-line), eles parecem ser insuficientes para lidar com externalidades negativas, como o incômodo causado pelos hóspedes, o impacto do compartilhamento de casa nas áreas urbanas, planejamento e considerações de saúde pública e segurança¹²⁸.

Além disso, a classificação e as análises on-line estão longe de ser uma forma totalmente confiável e baseada em opiniões fundadas. A experiência mostra que esses mecanismos podem ser construídos sobre informações erradas ou imprecisas e que não levam em consideração o caráter global das plataformas e a diferença nas origens culturais e preferências de seus usuários¹²⁹.

A crescente dependência de mecanismos de reputação on-line empregados por plataformas on-line está remodelando e, em certa medida, terceirizando a

¹²⁷ RANCHORDAS, Sofia. **Public values, private regulators: between regulation and reputation in the sharing economy** (September 20, 2018). 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper nº 27/2018, p. 2. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3252524>. Acesso em 18/3/2021.

¹²⁸ Op. cit., p. 3.

¹²⁹ Op. cit., p. 3.

proteção dos valores públicos na economia de compartilhamento. Mas confiar nesses mecanismos pura e simplesmente, sem que isso se insira em uma modelagem regulatória mais abrangente, sem que seja um componente a mais – e não o único – de uma gama de estratégias regulatórias pensadas pelo Estado, e especialmente quando se trata de questões mais graves, é bastante problemático¹³⁰.

Assim, na economia de compartilhamento, a proteção dos interesses das comunidades locais, o impacto que a compartimentação de uma casa em vários cômodos para receber hóspedes diversos pode causar nos preços dos imóveis e o perigo de limitar o acesso de serviços a somente determinados grupos provavelmente não serão as principais prioridades dos usuários ao revisar um serviço. Assim, é possível que esse modelo regulador de reputação da economia compartilhada esteja colocando em risco a proteção dos valores públicos¹³¹.

Obviamente, isso não quer dizer que se deve simplesmente rejeitar esses mecanismos de reputação on-line. Com efeito, tentativas unilaterais de desconsiderar o valor regulatório desses mecanismos negligenciam vários argumentos importantes: primeiro, consumidores e prestadores de serviços da economia compartilhada – e da economia de maneira geral – dependem desses instrumentos para tomar decisões¹³². Em segundo lugar, a reputação ruim, historicamente, precede a regulação e é um elemento-chave no controle do comportamento que foi adotado por reguladores públicos e privados em vários setores¹³³.

O que parece ser necessário, nesse passo, e a depender da situação concreta do mercado – ou seja, se realmente houver necessidade para tanto - é inserir esses controles engendrados nos meios privados dentro de uma estratégia estatal, para que ambos possam atuar de forma coordenada e visando ao mesmo fim.

Destarte, aqui se defende que, como a eficácia da regulação tradicional está sob ataque há décadas, os mecanismos de reputação on-line têm potencial para abordar algumas das objeções e problemas que ela encontra. Por exemplo, hotéis e restaurantes não são inspecionados regularmente por autoridades públicas. Quem faz

¹³⁰ Op. cit., p. 3.

¹³¹ Op. cit., pp. 3-4.

¹³² Op. cit., p. 4.

¹³³ Op. cit., p. 5.

revisão on-line desses estabelecimentos compensa, até certo ponto, a escassez de fiscalização. Ao avaliar os prestadores de serviços regularmente, podem ajudar os reguladores públicos a filtrar problemas e identificar estabelecimentos problemáticos que deveriam ser sujeitos a inspeções mais frequentes¹³⁴.

Adicionalmente, os mecanismos de reputação on-line criam um espaço no qual os usuários podem expressar seus elogios e preocupações, permitindo aos usuários influenciar e sancionar o comportamento, envolvendo-os no processo regulatório em uma extensão muito maior do que a que lhes confere a regulação tradicional. A ampla participação dos usuários na revisão de compartilhamento de serviços se encaixa no contexto de iniciativas dos cidadãos e da terceirização da proteção dos valores públicos¹³⁵.

A regulação tradicional dos serviços de hospitalidade e restauração, com procedimentos de licenciamento, visa a salvaguardar uma série de interesses públicos relevantes para as comunidades como um todo, como o acesso e o bom funcionamento dos serviços, a coesão social e territorial e o acesso à habitação a preços acessíveis. Nesses setores, os órgãos públicos tendem a emitir licenças e autorizações para que indivíduos e empresas iniciem em um negócio; as licenças, autorizações, certificações e requisitos de registro operacionais e comerciais são concebidos para controlar a aptidão profissional e responder de maneiras diferentes às assimetrias de informação entre prestadores de serviços e clientes, bem como a riscos específicos para a saúde pública ou para a segurança pessoal, alimentar, rodoviária ou contra incêndios e estabilidade financeira. Órgãos públicos locais exigem, por exemplo, que hotéis devem possuir vias de saída de incêndio, ventilação etc. para garantir a segurança e a saúde da população¹³⁶.

Os interesses do público e de terceiros também são preservados por regulamentos de zoneamento que limitam a área em que uma atividade pode ser desenvolvida na tentativa de contribuir para a estabilidade do mercado imobiliário e a habitabilidade e a segurança dos bairros residenciais¹³⁷.

¹³⁴ Op. cit., p. 5.

¹³⁵ Op. cit., p. 5.

¹³⁶ Op. cit., p. 14.

¹³⁷ Op. cit., p. 15.

O surgimento da economia de compartilhamento perturbou o sistema regulatório existente e a proteção tradicional do interesse público por meio de licenças, autorizações e inspeções. É um sistema que se apoia, grandemente, no valor da reputação do prestador de serviço ou do fornecimento de bens¹³⁸.

O valor da reputação se alicerça sobre dois pilares centrais: primeiro, a reputação opera como um veículo de informação que agrega experiências passadas e transmite sinais de qualidade; segundo, gera a aparência de que o bom comportamento futuro pode ser previsto com base em informações do passado e, ao fazê-lo, gera confiança e promove a cooperação. A reputação pode ser usada para resolver assimetrias de informação em um mercado cujos consumidores não são capazes de avaliar, anteriormente, a qualidade dos produtos¹³⁹.

Na economia de compartilhamento, os sistemas de reputação são confiáveis, no entanto, apenas se as classificações e análises on-line representarem com precisão a qualidade das transações anteriores, fornecendo uma ideia clara dos prós e contras de se envolver com um provedor de serviços e se as plataformas on-line ou os usuários não puderem interferir em seu conteúdo. Essas condições nem sempre são verificadas. Pelo contrário, a literatura tem criticado a precisão das revisões on-line devido ao seu conteúdo limitado e à incapacidade de reproduzir a realidade; o fato de que as avaliações tendem a ser principalmente positivas; e o caráter subjetivo e tendencioso das avaliações¹⁴⁰.

O escopo de mecanismo de proteção dessas plataformas também é mais limitado – como não poderia deixar de ser – quando se compara com as possíveis sanções estatais. As plataformas de economia de compartilhamento operam maioritariamente *ex post* e os efeitos de suas sanções são limitados a essa comunidade de plataforma (por exemplo, excluir uma listagem do Airbnb e não permitir que o usuário anuncie mais serviços na plataforma). A regulamentação tradicional opera *ex ante* e *ex post*, limitando a entrada, estabelecendo normas sociais e punindo aqueles que se comportam mal¹⁴¹.

¹³⁸ Op. cit., pp. 15-16.

¹³⁹ Op. cit., p. 20.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 21.

¹⁴¹ Op. cit., p. 27.

Diante disso tudo, defende-se que há uma complementaridade entre a atuação dos privados e do Estado nesse domínio, nenhuma sendo suficiente por esgotar, sozinha, todas as possibilidades em prol do interesse público. Essa complementaridade, bastante patente quando se trata de economia compartilhada, por exemplo, não deixa de ocorrer também em setores mais tradicionais da regulação, como os de telecomunicações, energia etc.

1.7.1 Usuários como reguladores?

Por fim, resta ponderar que o destacado papel que cabe aos usuários nesse novo cenário de economia compartilhada levou alguns a rotularem os usuários de reguladores desses novos mercados, comparando sua atuação com a autorregulação. Apesar de eles não se encaixarem perfeitamente no modelo tradicional de autorregulação¹⁴², um exercício de análise de sua atuação serve para mostrar como a importância da atuação do usuário dentro de uma estratégia regulação estatal.

Como será detidamente visto à frente, a autorregulação repousa em argumentos de expertise do próprio regulador/regulado, o que não parece ser aplicável ao caso das plataformas. Os usuários não são especialistas, têm padrões e compreensões variáveis do que é “qualidade” e tendem a oferecer julgamentos subjetivos. Ademais, com os mecanismos de reputação, os usuários não se autorregulam, eles regulam os outros. O que parece ocorrer, portanto, é uma nova espécie de exercício regulatório por comunidades *peer to peer*¹⁴³.

Apesar do potencial desalinhamento de incentivos entre os atores privados e a busca do bem público, isso não significa que sejam incompatíveis.¹⁴⁴ A ação privada

¹⁴² Ranchordas, Sofia. **Public values, private regulators: between regulation and reputation in the sharing economy** (September 20, 2018). 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper n° 27/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3252524>

¹⁴³ Ranchordas, Sofia. **Public values, private regulators: between regulation and reputation in the sharing economy** (September 20, 2018). 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper n° 27/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3252524>

¹⁴⁴ Ranchordas, Sofia. **Public values, private regulators: between regulation and reputation in the sharing economy** (September 20, 2018). 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming),

deve ser vista nesses casos como um complemento e não um substituto para a aplicação da lei pública. O que não parece convidar a melhor futuro é um recuo puro e simples do Estado, o que pode terminar dando uma percepção contrária a este como um agente fiduciário do interesse público. Essa relação fiduciária significa que o Estado “não protegerá apenas o interesse público, mas também protegerá os mais fracos contra os indivíduos mais fortes”¹⁴⁵.

CAPÍTULO 2. O VALOR DE UMA TEORIA REGULATÓRIA

2.1 Introdução

Passados vinte anos da introdução das agências reguladoras no Brasil, muitos dos temas que inicialmente suscitaram dúvidas e perplexidades atinentes à regulação e sua acomodação ao ordenamento jurídico brasileiro foram devidamente enfrentados. De fato, há, hoje, farta literatura tratando da separação de poderes no âmbito do redesenho institucional do Estado, do relacionamento das agências com a política, pública e partidária e também com a administração pública de uma maneira geral, abordando o controle judicial das decisões das agências e tratando de enfrentar um alegado problema de déficit democrático em sua atuação, explicando seu poder normativo em face do poder regulamentar presidencial e ao princípio da legalidade, entre tantos outros.

Apesar da relevância dos temas já amplamente debatidos por inúmeros e qualificados autores, parece ainda haver pontos que estão a merecer tratamento mais aprofundado, dada a vastidão do campo de pesquisa à frente do estudioso.

Tomando o setor de telecomunicações como mote – apesar de que o assunto aqui tratado transcende a um setor específico da economia –, muito se tem tratado de pontos específicos da regulação estatal, mas pouca atenção tem sido dada à elaboração de uma modelagem regulatória consciente, consistente, cientificamente

University of Groningen Faculty of Law Research Paper n° 27/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3252524>

¹⁴⁵ Ranchordas, Sofia. **Public values, private regulators: between regulation and reputation in the sharing economy** (September 20, 2018). 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper n° 27/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3252524>

(teoricamente) embasada; pouca preocupação houve em elaborar ou propor ou seguir um design regulatório do arcabouço normativo no setor. A despeito de indubitáveis sucessos, parece indene de dúvidas que a estratégia regulatória no setor de telecomunicações (ou a falta dela) ainda precisa melhorar em termos de entregáveis de bem-estar social. São recorrentes as pesquisas nas quais empresas de telecomunicações aparecem como campeãs de reclamações¹⁴⁶ ou nas quais a confiança da população no setor é menor do que na média da indústria em geral¹⁴⁷. Recentemente, inclusive, um conselheiro da Anatel foi citado dizendo: “as empresas sempre cometendo infrações, a agência aplicando sanções, e o problema não sendo resolvido¹⁴⁸”

Obviamente, não se está a dizer que o tão só número de reclamações de serviços de telecomunicações seja um indicativo suficiente da pior qualidade desses serviços quando comparado com outros. De fato, há algumas peculiaridades que, tendencialmente, projetam o número de reclamações para cima nesse setor. Os serviços móveis, por exemplo, são de uso intensivo pelo usuário, sendo praticamente utilizados o tempo inteiro enquanto o usuário está acordado (diferente de um transporte público, que é de uso episódico); ademais, o usuário leva consigo o aparelho celular para onde for (diferente do serviço de energia elétrica; se faltar energia em casa quando ele estiver fora, pode nem perceber); uma leve interrupção (de alguns segundos) já é um grande incômodo para quem está no meio de uma ligação (diferente de um atraso equivalente em uma linha de ônibus, de forma geral).

De toda maneira, sendo certo que há uma gama de causas subjacentes a esse problema, entende-se que uma abordagem conceitualmente adequada pode levar à detecção de um problema estrutural da regulação setorial. De fato, a regulação dos serviços de telecomunicações nunca se apoiou em uma modelagem regulatória consciente, consistente, cientificamente embasada; jamais houve uma preocupação maior com o *design* regulatório do arcabouço normativo do setor. Pelo próprio comando legal (art. 241, I, da Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações ou LGT), as normas anteriormente válidas, antes da privatização e da promulgação da

¹⁴⁶ http://sistemas.procon.sp.gov.br/rank_estadual/?m=rank_atend. Acesso em 19/8/2016.

¹⁴⁷ <http://www.teleco.com.br/qualidade.asp>. Acesso em 19/8/2016.

¹⁴⁸ "Anatel virou fábrica de multas", diz conselheiro ao defender regulação responsiva. Disponível em: <https://teletime.com.br/02/07/2021/anatel-virou-fabrica-de-multas-diz-conselheiro-ao-defender-regulacao-responsiva>. Acesso em 5.7.2021.

Lei Geral de Telecomunicações, continuaram valendo até que fossem substituídas; tomando, na maior parte das vezes, literalmente, esse comando, a Agência Nacional de Telecomunicações simplesmente foi adaptando, ao longo do tempo, os regulamentos para o novo quadro normativo.

Destarte, a resposta normativa da agência reguladora aos objetivos legais foi, no mais das vezes, bastante direta. É verdade que houve, por vezes, adoção de regras assimétricas entre competidores e foram elaborados planos de regulação (como o Plano Geral de Metas de Competição), mas que não constituíam medidas inseridas em uma modelagem regulatória e sim, tão somente, resposta a grandes objetivos como universalização e estímulo à competição, pilares da LGT, sempre sob os reclamos de eficiência, economicidade, proteção do interesse dos consumidores etc. Assim, o objetivo era a qualidade? Faça-se um regulamento estabelecendo metas de qualidade a ser cumpridas. Quer-se a universalização? Definem-se localidades a ser servidas. É preciso que haja continuidade na prestação do serviço em regime público? Estabeleça-se a reversão dos bens do concessionário. Pretende-se, assim, atingir os objetivos pela mera edição de regras e com ameaça de punições; repita-se: não se cogitou uma modelagem regulatória inteligente que conduza, melhor, os objetivos visados.

Contudo, se para o operador de Direito, em sua dia a dia, é suficiente apresentar soluções aos problemas jurídicos brandindo observância de princípios – na maior parte das vezes vagos, como legalidade e eficiência para citar os mais comuns –, o acadêmico deve recorrer, em suas proposições, a teorias científicas que justificam e aperfeiçoam o arcabouço normativo. Disso não destoam o magistério de Paulo Neves de Carvalho (1982, p. 7), ao dizer que “ao administrativista não se pede que revele fórmulas mágicas; cabe-lhe, todavia, o dever de pesquisar, avaliar, criticar e experimentar princípios e técnicas que, aplicados às instituições, procurem comunicar-lhes vida e eficiência, em favor dos direitos individuais e dos interesses coletivos”.

Antes, contudo, de explicitar as bases da teoria a ser adotada neste trabalho, cumpre averiguar, rapidamente, a razão por que se deve adotar uma teoria para guiar o estudo regulatório.

2.2 Papel e relevância de uma teoria (da regulação)

2.2.1 Entendendo a moderna regulação

Antes de discorrer sobre teorias regulatórias, incumbe fixar bem a noção de regulação que será observada neste trabalho. Intervenção estatal na economia sempre houve; contudo, como bem aponta Floriano de Azevedo Marques, anteriormente a meados da década de 90 do século XX tratava-se de uma intervenção orientada aos interesses do Estado-nação tidos como necessariamente contrários aos interesses privados e muitas vezes relacionados com desenvolvimento nacional, segurança etc.¹⁴⁹

A concepção moderna de regulação não deixa de caracterizá-la como uma intervenção na economia; contudo, ela difere substancialmente do modo de intervenção anterior, tanto nos seus pressupostos como nos instrumentos e objetivos¹⁵⁰. Tratar-se-á nesta tese, precipuamente, da regulação realizada por agências reguladoras ou autoridades independentes.

Quanto aos pressupostos da moderna regulação, Floriano Marques chama a atenção para seu caráter de mediação de interesses, ou seja, a regulação trata de compor os diversos interesses em determinado setor – interesses dos usuários, dos agentes econômicos, do próprio Estado – e não apenas de pautar ou impor condutas. Nesse tocante é fundamental que o regulador estabeleça uma relação dialogal como regulado para direcionar suas atividades para o real cumprimento das necessidades sociais¹⁵¹.

Assim, o “caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun/2009, p. 2. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em 4/11/2020.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 4.

¹⁵¹ Op. cit., p. 5.

forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências”¹⁵². Trata-se, portanto, de tentar equilibrar

(...) os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos etc. (MARQUES NETO, 2009).

Quanto aos objetivos, a moderna regulação estatal trata de compor, articular, jungir os interesses particulares e os interesses estatais para daí se atingir o interesse público. Dito de outro modo, os interesses particulares passam a ser essenciais na equação de composição do interesse público e, assim, longe de objetivar suprimir a atuação privada e substituí-la pela pública, a moderna regulação fomenta a atividade privada tanto quanto possível, ainda que ao lado da atividade pública. Destarte, dentro da noção que aqui se defende, a regulação não se resume a ser uma mera correção de falhas do mercado. É bastante claro que os interesses buscados não se restringem àqueles estritamente delimitados pelo setor, mas podem inclusive ser externos a ele (a preservação ambiental no setor de telecomunicações, por exemplo) – o que, incidentalmente, tende a levar à ruína a distinção entre regulação econômica e regulação social, esta mais voltada a objetivos externos à atividade econômica¹⁵³.

Finalmente, para se adequar a esses objetivos, a moderna regulação vai exigir instrumentos aptos a alcançá-los, diferenciando-se da situação anterior. Trata-se de instrumentos que permitem um maior diálogo do regulador com o regulado e transparência das ações do regulador, mas, não só isso. Reconhecendo a importância dos interesses privados e sua relativa autonomia no campo econômico, a nova regulação também vai valorizar a subsidiariedade e a livre iniciativa, baseando-se na proporcionalidade, como se verá em tópicos seguintes¹⁵⁴.

A fim de terminar o delineamento da moderna função reguladora é preciso deixar bem vincado que regulação envolve muito mais do que regulamentação – que, por óbvio, é parte integrante da regulação. Esta é mais ampla do que a mera edição

¹⁵² Op. cit., p. 5.

¹⁵³ Op. cit., p. 6.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 9.

de normas secundárias gerais e abstratas: engloba atividades coercitivas, fiscalizadoras, punitivas, conciliatórias¹⁵⁵.

A moderna regulação emerge, então, como outra forma de atuação em face do domínio econômico. Contudo, há várias nuances nessa forma de atuação. Pelas características do Estado pós-regulador, tem-se que, cada vez mais, o estabelecimento de comandos cede lugar a outra forma de relação, mais horizontal, em que a imposição é substituída pela interlocução, as regras rígidas dão espaço à busca do consenso e a legitimidade legal da autoridade é, se não substituída, ao menos colocada de lado da legitimação processual¹⁵⁶.

2.2.2 O papel de uma teoria

Assentadas essas premissas, tem-se que a regulação é fenômeno marcado, hodiernamente, pela nota da ubiquidade. Dificilmente algum domínio da vida escapa de seus tentáculos. De fertilizantes de alimentos a ônibus e aviões, de casas a escolas ou serviços médicos, praticamente tudo obedece a alguma lei ou diretiva setorial.

Essa impressionante penetração da regulação na vida moderna levanta várias questões fundamentais, entre as quais perguntas como “A regulação vale a pena, mesmo?”, “É um instrumento eficiente para atingir seus fins, sejam quais eles forem?”, “Quanto de regulação é apropriado?”, “A atual maneira de regulação é adequada?”, “Em que pode ser melhorada?”¹⁵⁷.

A resposta a essas perguntas pode vir de várias fontes. Pode-se consultar um usuário de determinado serviço, ou o fabricante, o órgão de defesa do consumidor ou o regulador, se houver. No presente trabalho, entende-se que há muito a ganhar,

¹⁵⁵ Op. cit., p. 7.

¹⁵⁶ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, jan/mar 2011, p. 3. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72094>>. Acesso em 18/3/2021.

¹⁵⁷ SHLEIFER, Andrei. **Understanding regulation**. European Financial Management, v. 11, nº 4, 2005, 439-451, p. 439.

social e economicamente, se as respostas forem buscadas em alguma teoria da regulação.

De fato, mesmo se forem observados somente setores específicos da economia por vez, constatar-se-á que uma quantidade praticamente indefinida de variáveis a ser observada, de experiências a serem colhidas, de dados a serem analisados e interpretados¹⁵⁸. A própria história da regulação de algum setor não pode ser esquecida nessa equação. Em uma situação assim, que melhor ferramenta de que dispõe o estudioso do que uma teoria?

Uma teoria pode ser definida como, nas palavras do Trifiletti (2005, p. 299), “conjunto de conceitos, definições e proposições inter-relacionados que apresentam uma visão sistemática de eventos ou situações, especificando relações entre variáveis, a fim de explicar e prever os eventos ou situações”.

O papel de uma boa teoria é o de auxiliar a classificação de objetos, entender padrões de conduta ou regularidade, prever situações ainda não necessariamente observadas e, patentemente, servir de base para a ação, na medida em que “não há nada tão prático quanto uma boa teoria”¹⁵⁹, na expressão de um psicólogo.

De uma maneira geral, uma boa teoria parte da observação da realidade e, usando regras da lógica, ferramentas dedutivas e uma abstrativização dos fenômenos, pretende-se chegar a alguns padrões de comportamento ou leis¹⁶⁰. Não se desconhecem as críticas de muitos a essa visão – entre eles a incisiva de Karl Popper sobre a fraqueza do papel da indução e a saliência da falseabilidade. Para os propósitos do presente trabalho, contudo, não é tanto a metalinguagem teórica que importa, mas a contribuição teórica de dada construção.

Essa visão coloca a pesquisa em perspectiva, na medida em que oferece um recorte que parece mais adequado ao campo de estudo: não se trata, nesse caso, de criar teorias gerais com leis certas a partir de observações infalíveis, mas sim de

¹⁵⁸ Fazendo argumento semelhante: FEYERABEND, PK. **Knowledge and the role of theories**. *Philosophy of the Social Sciences*. 1988;18(2):157-178.

¹⁵⁹ LANDAUER, C. **There is nothing so practical as a good theory**. 2011 IEEE Fourth International Conference on Space Mission Challenges for Information Technology, Palo Alto, CA, 2011, pp. 184-191, doi: 10.1109/SMC-IT.2011.32.

¹⁶⁰ HAO-SHENG, YE; STAM, Henderikus J. **What is a good theory? A perspective from theoretical Psychology**, 2012, v. 44, nº1, 133-137 *Acta Psychologica Sinica*, pp. 133-134.

avaliar se determinada contribuição teórica pode levantar hipóteses plausíveis, em determinadas situações, com certo nível de acerto e previsibilidade, e que possam servir de guia a um usuário no respectivo campo de ação¹⁶¹. De toda forma, e por tais razões, não se concorda com a visão que Hans Halvorson¹⁶² chama de “*no-theory view*”, ou seja, a visão que propugna o abandono de toda teoria para falar em meras proposições.

Delimitada e assentada a visão que neste trabalho se adota acerca do papel de uma teoria – com suas limitações –, passa-se então a discorrer sobre a escolha da teoria que guiará a presente tese.

2.2.3 À procura de uma teoria regulatória constitucionalmente adequada à realidade

Antes de tudo é preciso ter em mente que, no campo das Ciências Humanas e Sociais, as teorias em geral são classificadas em positiva e normativa. Sucintamente, as teorias de cunho positivo procuram explicar como a realidade é, como o mundo opera, pretensamente de maneira isenta de valores, ao passo que as teorias normativas procuram traduzir em valores a sua avaliação, procurando explicar como as coisas deveriam ser. Apesar da aparente disjunção entre as teorias, Adrian Vermeule mostra como, na verdade, estão muitas vezes interconectadas, na medida em que, por exemplo, “a teoria positiva desempenha um papel construtivo ao estreitar o conjunto de argumentos normativos que devem ser considerados ao decidir o que fazer” e de como “a teoria positiva serve como uma fonte direta de argumentos normativos”¹⁶³.

Todo direito, por ser norma, é um dever de ser e, portanto, contém ínsita a possibilidade de seu não cumprimento, ou seja, de não ser; por outro lado, nenhum direito vigora – ou diríamos, tem eficácia social – sem o seu regular cumprimento, sem

¹⁶¹ CORLEY, KEVIN G.; GIOIA, DENNIS A. **Building theory about theory building: what constitutes a theoretical contribution?** Arizona State University. *Academy of Management Review* 2011, v. 36, nº 1, 12-32, pp. 12-13.

¹⁶² HALVORSON, Hans. **Scientific theories**. In: *The Oxford Handbook of Philosophy of Science* Paul Humphreys Oxford University Press, 2016, p. 585 e ss.

¹⁶³ VERMEULE, Adrian. **Connecting positive and normative legal theory**, 10 U. Pa. J. Const. L. 387, 2014, p. 387. Disponível em <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol10/iss2/6/>. Acesso em 18/3/2021.

certa normalidade na eficácia da conduta por ela estabelecida. A lei é, portanto, uma unidade-síntese entre normalidade e normatividade: é uma normalidade normatizada e uma normatividade normalizada¹⁶⁴. Essa é a lição de Manuel Garcia-Pelayo.

Dessarte, postula o autor que há dois modos de nascimento do Direito positivo: ou pela via da normalidade, isto é, uma regularidade de atos que adquire uma pretensão normativa, com a consequência de que tais atos ou situações não apenas são, mas também devem ser, como é o caso do Direito consuetudinário; ou então uma normatividade que consegue moldar os atos dos homens em uma normalidade e regularidade. No primeiro caso, uma realidade puramente sociológica em suas origens adquire pretensão normativa; no segundo, uma reivindicação normativa se transforma em realidade social¹⁶⁵.

Cada um desses modos de criação legal se apoia em certos pressupostos sociológicos. Um Direito criado a partir da normalidade, da repetição de atos, de situações adquiridas, pressupõe uma sociedade estática que não é desejada ou não pode ser transformada de acordo com propósitos expressos conscientemente em um esquema normativo em oposição à realidade social atual. Por outro lado, um Direito criado com base na normatividade supõe a tentativa de transformar a realidade social de acordo com o esquema estabelecido na norma ou que opera por trás dela¹⁶⁶.

Como dito, o objeto do presente estudo é contribuir para remodelar a atuação do Estado na atividade regulatória partindo do paradigma do Estado pós-regulador. Para tanto, postula-se uma modificação do padrão regulatório atual – tal como visto, por exemplo, no setor de telecomunicações – e é preciso, dessarte, que se adote uma teoria de cunho normativo. Essa ideia, baseada na normatividade, busca atingir seus objetivos específicos pela via da normalidade, incorporando um determinado modo de atuação na atuação concreta do Estado.

A análise da teoria regulatória adequada perpassa inúmeros fatores. Recrutando as ponderações de Croley, pode-se dizer que uma teoria regulatória adequada deve ser coerente e completa, com premissas mutuamente compatíveis,

¹⁶⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **La idea medieval del derecho**. Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 22.

¹⁶⁵ Op. cit., pp. 22-23.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 23.

cujas conclusões derivam delas; deve, ademais, ter base empírica, a confirmar o escopo de suas premissas e conclusões, bem como ser passível de ser testada, para ser confirmada ou refutada. Em outras palavras, deve ser possível submeter suas previsões a testes concretos¹⁶⁷. A tais ponderações, some-se a natural exigência de que uma teoria de base, para ser adequada, deve estar adaptada às exigências de seu tempo, tanto culturais quanto sociais, econômicas e jurídicas.

Carlos Ari Sundfeld, em um livro de introdução ao Direito público, mas com visões penetrantes e profundas sobre esse importante ramo do Direito, já afirmava que sendo o Direito um fruto da cultura humana, criado ao longo do tempo, sua compreensão se torna impossível sem situá-lo dentro da história, ou seja, não se podem entender certos modelos ou paradigmas do Direito sem que se apreenda, corretamente, o contexto histórico ou político em que engendrados¹⁶⁸. Supõe-se, portanto, que haja uma íntima conexão entre uma determinada concepção de Direito Administrativo e o tipo de resposta regulatória que foi descrita acima. E de fato há.

Assim sendo, não é possível adotar teoria alguma que não encontra certa ressonância com uma realidade estatal e social em que se vive. Há uma pletora de teorias que se propõem a explicar a regulação: desenvolver suas razões ou fundamentos, objetivos, como ocorre institucionalmente.

É bastante conhecida, por exemplo, a teoria da escolha pública, cujos aderentes não acreditam que as agências reguladoras respondam às falhas do mercado, mas que, pelo contrário, as agências terminam por proporcionar benefícios regulatórios a grupos de interesse político bem-organizados, que lucram à custa do público geral não organizado. A teoria do interesse público, por seu turno, gira em torno da capacidade do público em geral de fiscalizar os tomadores de decisões regulatórias. Dessarte, quando eles operam sob condições de significativo escrutínio público, a teoria do interesse público sustenta que os resultados regulatórios tendem a refletir o interesse geral; de outra banda, quando a fiscalização não ocorre, os reguladores tendem a entregar benefícios regulatórios para grupos de interesse bem

¹⁶⁷ CROLEY, Steven P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Princeton University Press, 2009, p. 11.

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

organizados à custa do público. Finalmente, para a teoria do republicanismo cívico, a regulação oportuniza a deliberação coletiva sobre os meios e fins regulatórios. Ao menos potencialmente, a decisão regulatória tenderia a incorporar valores regulatórios concorrentes, que devem ser justamente equilibrados pelo regulador¹⁶⁹.

O objetivo do restante deste capítulo é apresentar, em grandes linhas, a teoria da *smart regulation* para que, em seguida, nos capítulos subsequentes seus grandes princípios sejam expostos, seja demonstrada sua compatibilidade com a concepção de Estado que hoje impera não apenas nos livros de doutrina, mas também na própria realidade, e sejam tiradas conclusões fundamentais para a modelagem regulatória no setor de telecomunicações.

Um dos percalços que todas as teorias enfrentam revolve em torno de sua universalização do fenômeno jurídico. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também defendem uma espécie de pluralismo no regime dos contratos de Direito público contra uma tendência uniformizadora que eles enxergam na doutrina que, com seu gosto e preferência por sistemas, luta contra o Direito positivo construído pelos operadores do Direito. Eles criticam o método científico caracterizado por sistematizações, construindo teorias gerais e formulando princípios¹⁷⁰.

Assim, adotar uma teoria regulatória não incorreria nos problemas por eles relatados? Não atentaria, por exemplo, contra o pluralismo jurídico que aqui se defende? Entende-se que não necessariamente; a resposta a isso depende, justamente, do tipo de teoria que se adota.

E se se tratasse de uma teoria que admitisse a fragmentação, a subsidiariedade, o pluralismo, enfim? Porque, como visto, mesmo na fragmentação há de se ter alguma ordem, coerência, correlação, algo que só uma visão do todo pode dar.

¹⁶⁹ CROLEY, Steven P. **Theories of regulation: incorporating the administrative process**. Columbia Law Review, Vol. 98, No. 1, 1998, pp. 1-168, passim. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1123396> Acess 18.3.2021.

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 41, jan./mar. 2013, p. 10, nota 2. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=89215>>. Acesso em 18/3/2021.

2.3 Teorias regulatórias constitucionalmente adequadas

2.3.1 Perspectiva normativa: regulação responsiva

O professor da London School of Economics, John Wright, fez um estudo de teorias regulatórias que aparentam ser adequadas ao cenário do Estado pós-regulador¹⁷¹.

A primeira é a teoria da regulação responsiva, que ele insere na perspectiva normativa. A regulação responsiva envolve os espaços regulatórios em termos de "responsividade" negociada entre os reguladores, os regulados e a comunidade em geral, reforçada por estratégias racionais e técnicas de autorregulação. Para regulação responsiva, não existem "melhores soluções regulatórias" abstratamente falando. A "capacidade de resposta" envolve a formulação de estratégias e a negociação de quais ações desencadearão uma resposta regulatória e que tipo de resposta deve ser¹⁷².

A regulação responsiva sugere que os reguladores devem estar atentos para apreciar as diferentes motivações e características das entidades reguladas. Da mesma forma, eles devem ser capazes de responder de maneira diferente, e com diferentes níveis de sanção, à conduta diversificada do setor regulado. É necessária inovação regulatória. Aqueles preocupados com o desenho regulatório devem considerar cuidadosamente qual deveria ser a "resposta" regulatória. Assim, justifica-se o uso de novos mecanismos regulatórios, como a autorregulação forçada e o recrutamento de grupos de interesse público¹⁷³.

A regulação responsiva envolve a elaboração de estratégias racionais baseadas em uma pirâmide na qual são classificados os comportamentos dos atores regulados¹⁷⁴.

¹⁷¹ WRIGHT, John & HEAD, Brian. **Reconsidering regulation and governance theory: a learning approach.** Law & Policy. 31, 2009.

¹⁷² Op. cit., p. 198.

¹⁷³ Op. cit., p. 198.

¹⁷⁴ Op. cit., pp.198-199.

Na visão de seus formuladores é necessário, antes de tudo, olhar a realidade do mercado, suas práticas concretas, para avaliar qual deve ser o nível de intervenção regulatória em determinado setor. Em todos os setores regulados haverá aqueles que tenderão a cooperar mais e aqueles que serão “recalcitrantes”. Deve-se, portanto, moldar a resposta regulatória de acordo com a atuação da firma regulada¹⁷⁵.

Ayres e Braithwaite deixam bem claro que não se deve partir do pressuposto de que as empresas são puramente *profit maximizers*. Muitos, dentro das empresas, valorizam a reputação delas, e de si mesmas, como um bem próprio, valioso por si só. E a implicação disso é que a estratégia que eles denominam de *tit-for-tat* (como um “toma lá, dá cá”) pode muito bem trabalhar com sanções de publicidade adversa, ameaçando o regulado em sua reputação caso não coopere¹⁷⁶.

Adotar a estratégia de punição somente com as empresas mais recalcitrantes, que descumprem a intenção do regulador, o espírito das normas, teria, também, o potencial de aumentar a chance de vitória do regulador em eventual batalha no poder Judiciário, uma vez que a punição seria mais facilmente justificada, dado o histórico de relativa leniência anterior.

A abordagem “primeiro persuasão e depois punição” também ajudaria a espalhar, no setor regulado, um senso de justiça em relação às firmas que se mantiveram responsáveis e fugiram do jogo de gato e rato com o regulador. E Ayres e Braithwaite afirmam que essa percepção da justiça é deveras importante para fomentar o cumprimento voluntário da regulamentação.

A presunção estabelecida pela teoria responsiva, tanto com fulcro na teoria econômica quanto em dados empíricos, e que está na base de sua abordagem, é que se deve tomar como ponto de partida a possibilidade de estabelecer um diálogo, uma ação por meio de persuasão com o regulado. E isso ainda que esteja lidando com matérias potencialmente catastróficas para a sociedade como um todo, como ocorre no caso da regulação da indústria nuclear¹⁷⁷.

¹⁷⁵ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate.** Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 20.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 22.

¹⁷⁷ Op. cit., p. 40.

Reforçando, segundo Ayres e Braithwaite, isso não significa que a teoria está assentada na premissa de que os diretores das empresas são pessoas cooperativas por natureza. Não se trata de usar tal concepção como ponto de partida. O que a teoria afirma é que a modelagem regulatória deve ser tal que o ator racional se veja compelido a cooperar, uma vez que seria essa a única atitude inteligente diante das opções a ele colocadas. Do contrário, isto é, em caso de recusa à cooperação, viria, inexoravelmente, a sanção ao agente não cooperativo, recalcitrante¹⁷⁸.

Deve, portanto, o regulador estudar e conhecer o mercado e seus agentes econômicos e aplicar a teoria responsiva conforme cada caso. De maneira geral é possível dizer que, com grande probabilidade, em todos os mercados há os agentes denominados *profit-maximizers* e os movidos pela “responsabilidade social”. Diante disso, deve-se rejeitar uma estratégia baseada completamente na persuasão ou totalmente fulcrada na punição¹⁷⁹.

A primeira não teria o condão de influenciar os atores que pensam unicamente no lucro e a segunda minaria a vontade de cooperação daqueles que querem cumprir voluntariamente as leis e a regulamentação.

Como, então, solucionar o dilema? Como, concretamente, a teoria responsiva se mostra uma alternativa às duas soluções? Em outras palavras, quando dialogar, quando punir?

Na base da pirâmide está a abordagem menos intervencionista, mais negociada, e que pode garantir a conformidade empresarial a uma lei justa. À medida que se sobe a pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas na vida dos agentes estão envolvidas¹⁸⁰.

De acordo com a teoria, por mais grave que possa ser o potencial de infringência às leis, a resposta normal, primária da regulação responsiva é tentar um diálogo; antes de tudo, e só substituir essa presunção se existirem razões imperiosas para fazê-lo.

¹⁷⁸ Op. cit., pp. 21-22.

¹⁷⁹ Op. cit., p. 24.

¹⁸⁰ Op. cit., p. 38.

Escalar a pirâmide, como resposta a uma infração, tem como objetivo obter não a punição em si, mas a reforma do agente regulado por meio da sanção e da reparação. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão, de diálogo. A modelagem piramidal deve ser firme e, ao mesmo tempo, indulgente: destarte, a reforma deve ser recompensada, assim como a recusa recalcitrante à reforma acabará por ser punida, até mesmo severamente¹⁸¹.

Deve-se ter em mente que se trata de um modelo dinâmico¹⁸². Em outras palavras, não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de questões que devem ser tratadas na base da pirâmide, que são as mais graves que devem estar no meio e que são as violações mais flagrantes que devem ir para o topo da pirâmide. Não. Mesmo com as mais graves questões – como já dito, mesmo no caso de potenciais desrespeitos às obrigações legais para operar uma usina de energia nuclear com segurança, o que coloca em risco potencial milhares de vidas –, os autores da teoria responsiva afirmam que se deve ficar com a presunção inicial de cooperação.

2.3.2. Perspectiva descritiva: teoria da *smart regulation*

A segunda teoria mencionada por ele é a da *smart regulation*, que a insere na perspectiva chamada descritiva por ele. De antemão, enfatiza-se que posicionar a teoria da *smart regulation* dentro uma categoria meramente descritiva é desvalorizar, e muito, seus amplos aspectos normativos, como se verá nos capítulos seguintes. As próprias bases da *smart regulation*, enunciadas em princípios que serão desenvolvidos a capa capítulo, já demonstram que se trata de teoria com forte viés de normatividade, o que não anula, por outro lado, seu aspecto descritivo (mas também não se pode dizer que esse prepondera sobre o outro). De todo modo, as lições do autor são válidas – e sua perspectiva termina inclusive servindo de contraponto à linha desta tese, para aperfeiçoamento do debate.

¹⁸¹ Op. cit., pp. 38-40.

¹⁸² BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies**. World Development, v. 34, nº 5, 2006, p. 886.

Dito isso, a teoria da *smart regulation* não se concentra, apenas, na lei e nas instituições governamentais, mas também examina as características distintivas das entidades reguladas e o contexto de suas operações e relações; ela enfatiza o papel importante que contextos específicos – organizacional, político, econômico e cultural – podem desempenhar na decisão de regimes regulatórios e resultados. Para a *smart regulation* são importantes os contextos culturais, econômicos e institucionais nos quais os arranjos regulatórios estão incorporados, por exemplo, saúde e segurança ocupacional ou poluição ambiental, problemas enfrentados por indústrias específicas¹⁸³. Daí a necessidade de reconhecer a cultura regulatória como fonte da regulação, como discutido anteriormente.

Um peso considerável deve ser dado a esses recursos contextuais na consideração de opções para soluções regulatórias. Aqui, a regra prática é que prescrições *a priori* e soluções gerais de regulação são "extremamente perigosas" e "inferiores à análise caso a caso". Os estudos regulatórios devem ser realizados "no nível mais baixo de generalidade" e a tarefa dos estudiosos regulatórios é formular estratégias em "contextos sociais, econômicos e institucionais específicos". A abordagem geral adotada pelos expoentes da teoria envolve adaptar e adequar instrumentos e mecanismos regulatórios aos órgãos regulados em contextos específicos¹⁸⁴.

Para o autor, a força da *smart regulation* é sua sensibilidade às conexões entre os arranjos de governança e os contextos culturais, econômicos e institucionais nos quais estão inseridos¹⁸⁵.

O autor conclui, então, que uma abordagem baseada no aprendizado (*learning approach*) parece, então, ser prudente diante da complexidade social. Ao sugerir uma perspectiva de aprendizagem, presume-se que, de fato, é praticamente impossível afirmarmos que uma única abordagem da teoria regulatória e de governança pode descrever adequadamente o espaço regulatório. A teoria regulatória precisa permanecer flexível se for para informar uma compreensão dos desafios regulatórios

¹⁸³ WRIGHT, John & HEAD, Brian. **Reconsidering regulation and governance theory: a learning approach**. *Law & Policy*. 31, 2009, p. 202.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 202.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 203.

concretos e ajudar analistas e profissionais a avaliar as abordagens atuais e potenciais para melhores arranjos de governança regulatória¹⁸⁶.

Concorda-se em parte com o autor. De fato, há extrema dificuldade em definir uma estratégia regulatória adequada. Contudo, isso não significa que não se pode adotar uma determinada teoria. Estudando a teoria da *smart regulation*, percebe-se claramente que ela incorpora, em suas premissas, o aprendizado constante, pela abertura à percepção de mercado, pelos flancos que deixa entreabertos para influência da sociedade civil no contexto regulatório.

Importante frisar que a adoção da teoria da *smart regulation* neste trabalho não implica que outras ponderações, outras visões, sejam incorporadas como reforço argumentativo e adaptação contextual à situação brasileira.

2.4. A teoria da *smart regulation*

Em 1998, três professores universitários, Neil Gunningham¹⁸⁷, Peter Drabosky¹⁸⁸ e Darren Sinclair¹⁸⁹ - a quem chamaremos, simplesmente, de autores, doravante - defenderam, pela primeira, vez a teoria da *smart regulation* em um livro com o mesmo título. O termo "*smart regulation*" foi cunhado no contexto da política ambiental para descrever um estilo de implementação pós-comando e controle, que se esperava ser capaz de lidar com questões políticas cada vez mais complexas do ponto de vista técnico e político.

Na visão dos construtores da teoria da *smart regulation*, a maioria das abordagens existentes para a regulação deixa muito a desejar. Isso porque não parecem ser eficazes em cumprir seus objetivos políticos, em fazê-lo ao menor custo, nem têm um bom desempenho em termos de outros critérios, como justiça percebida pelas partes ou mesmo aceitabilidade política ou social.

¹⁸⁶ Op. cit., pp. 212-213.

¹⁸⁷ <https://researchers.anu.edu.au/researchers/gunningham-na>

¹⁸⁸ <https://researchers.anu.edu.au/researchers/grabosky-pn>

¹⁸⁹ <https://researchprofiles.canberra.edu.au/en/persons/darren-sinclair>

O objetivo da teoria é fornecer princípios e uma modelagem de atuação para que a regulação possa basear-se em critérios sólidos, retirados tanto de estudos teóricos quanto empíricos. É fulcral para a teoria o entendimento de que o uso de um único instrumento regulatório é, no mais das vezes, ineficiente, ao passo que o uso de múltiplos instrumentos regulatórios e uma visão da regulação que aproveita também a força de entidades privadas para atuar ao lado do regulador estatal tende, na maior parte das circunstâncias, a produzir uma melhor regulação¹⁹⁰.

2.4.1 Superando o dilema regulação e desregulação

Já desde o fim da década de 1970 era evidente que grande parte da regulação comando e controle não havia saído da maneira que os formuladores de políticas pretendiam e isso, em grande parte, devido à postura adversarial, ou seja, de confronto entre regulador e regulado, bem como por conta de inflexibilidade e custo excessivo para seu cumprimento. Na visão dos autores, por outro lado, a crítica à regulação comando e controle pode ser também muito exagerada; ademais, não se pode perder de vista que as agências reguladoras são frequentemente constrangidas ou impedidas de cumprir bem seu mandato por falta de recursos ou outros fatores inteiramente fora de seu controle, e não necessariamente pela formulação de uma regulação comando e controle desvirtuada¹⁹¹.

A percepção que parece ser a correta, contudo, é de que, no geral, os frutos que a regulação comando e controle poderia dar já foram, em grande parte, colhidos; o resto, agora, se se continuasse seguindo a estratégia comando e controle, seria obtido a um alto custo. Mas se o pêndulo da intervenção oscilasse para o extremo oposto, com as abordagens de livre mercado substituindo substancialmente a regulação comando e controle, haveria poucos motivos para acreditar que os resultados regulatórios seriam melhores, como será discutido.

A pergunta que se coloca, então, é: por qual caminho seguir? As estratégias tradicionalmente adotadas para a regulação parecem não mais satisfazer ninguém:

¹⁹⁰ GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter; SINCLAIR, Darren. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1998, p. 3

¹⁹¹ Op. cit., p. 4.

usuários e órgãos de defesa do consumidor estão frequentemente insatisfeitos com a qualidade dos serviços, do atendimento a seus pedidos; os próprios regulados reclamam do excesso de burocracia e elevado custo. De outra banda, a desregulação pura e simples levanta enormes preocupações sociais e políticas: seriam as empresas virtuosas o suficiente para se deixarem livres de amarras regulatórias ou o mercado um *locus* que, por si só, fomentasse esse virtuosismo?

Antes de tudo é necessário frisar que o debate sobre a melhor estrutura regulatória não deve ser baseado em disputas ideológicas sobre Estado forte ou Estado mínimo, regulação e desregulação. Essa é uma premissa de base da teoria da *smart regulation*. Com efeito, seu objetivo é

(...) transcender essa divisão ideológica, encontrando maneiras de superar as ineficiências da regulação tradicional, por um lado, e as armadilhas da desregulação, por outro. Ou seja, ir além da dicotomia mercado-Estado para conceber melhores maneiras de alcançar a proteção ambiental a um custo econômico e social aceitável. Isso envolverá o desenho de uma “terceira fase” de regulação: uma que ainda envolve intervenção governamental, mas seletivamente e em combinação com uma gama de soluções mercantis e não mercantis, e de ordenações públicas e privadas (GUNNINGHAM, 1998, p. 10).

As lições dos autores recapitulam as de Osborne na reinvenção do governo: “não precisamos de mais governo nem de menos governo, precisamos de melhor governo”¹⁹².

O fato é que, em seu passado recente, a assim denominada primeira geração da regulação baseou-se, amplamente, na dissuasão por punição para induzir o cumprimento de regras. Basicamente, os reguladores presumiram que as decisões de *compliance* das empresas eram baseadas em um cálculo matemático: vale a pena cumprir as regras se os custos de *compliance* (tais como instalação de equipamentos de controle de poluição, alocação de recursos para entender e cumprir regras etc.) forem menores do que os custos de não conformidade. Portanto, “os reguladores procuraram maximizar os custos do descumprimento estabelecendo penalidades máximas muito grandes, aumentando a probabilidade de detecção, e estabelecendo

¹⁹² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 10.

uma política de nunca impor penalidades que representassem menos do que o benefício econômico do descumprimento para a empresa”¹⁹³.

Tal visão não ficou restrita ao campo regulatório, mas penetrou também a seara política, ou legislativa. Reconhecendo que as empresas poderiam tentar capturar o processo político em seu benefício, a legislação foi, muitas vezes, moldada com pouca ou nenhuma possibilidade de flexibilização que pudesse ocorrer no sentido do aparente benefício exclusivo do particular¹⁹⁴. Ressalte-se, contudo, que mesmo na hierarquia legislativa, reconhece-se a existência de algumas disposições normativas em sentido contrário (como o art. 128, I, da Lei Geral de Telecomunicações, que reconhece a liberdade como a regra nos serviços prestados em regime privado).

Os autores da teoria da *smart regulation* adotam, como premissa, uma das bases do pluralismo jurídico, qual seja, a de que “ao contrário da sabedoria convencional, a maior parte da regulação já está nas mãos, não de funcionários do governo, mas de uma miríade de indivíduos empregados no setor privado” e que, muitas vezes, o melhor resultado pode ser alcançado valendo-se do “autointeresse esclarecido do setor privado do que por meio da regulação comando e controle”.

A literatura regulatória, no entanto, ainda que não o ignore totalmente, não parece ter dado a devida importância aos meios pelos quais os reguladores podem aproveitar as instituições comerciais e os recursos que residem fora do setor público para outros objetivos de sua política ou de implementação dela¹⁹⁵.

Além do pluralismo jurídico, a teoria da *smart regulation* pretende valer-se de instrumentos desenvolvidos nos últimos anos, mas que ainda restam muito pouco explorados, como a autorregulação e a correção¹⁹⁶. Tais soluções, quando desenvolvidas, o são de maneira *ad hoc* e não de forma integrada à regulação. E também tem havido pouca “investigação sistemática” sobre como esses instrumentos podem interagir uns com os outros e com outras formas de regulação. Em vez disso,

¹⁹³ SPENCE, D. B. **Can the second generation learn from the first understanding the politics of regulatory reform**. *Capital University Law Review*, v. 29, 2001, 205-222, p. 207.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, 208.

¹⁹⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 12.

¹⁹⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 13.

“os formuladores de políticas têm comumente caído na armadilha de simplesmente adicionar um novo instrumento ao seu arsenal de armas, sem dar atenção suficiente para como isso afetará sua estratégia regulatória geral”¹⁹⁷.

De forma geral, há uma tendência de tomar os instrumentos regulatórios como ferramentas unitárias e não como mecanismos potencialmente complementares, que otimizam os resultados se forem utilizados de forma combinada. Para a *smart regulation*,

(...) abordagens de “instrumento único” ou “estratégia única” são equivocadas, porque todos os instrumentos têm pontos fortes e fracos, e porque nenhum é suficientemente flexível e resiliente para ser capaz de resolver com êxito todos os problemas ambientais em todos os contextos. Por conseguinte, sustentamos que a melhor estratégia procurará aproveitar os pontos fortes dos mecanismos individuais, ao mesmo tempo que compensa as suas fraquezas com o uso de instrumentos adicionais e complementares. Ou seja, argumentaremos que na grande maioria das circunstâncias (embora certamente não em todas), é necessária uma combinação de instrumentos, adaptados a objetivos políticos específicos. Além disso, essa combinação de instrumentos funcionará de forma mais eficaz se uma gama mais ampla de participantes for capaz de implementá-los. Isso significa o envolvimento direto não apenas dos governos (primeiras partes), mas também das empresas e outros “alvos” da regulamentação (segundas partes) e uma série de outros atores interessados (terceiros), tanto comerciais como não comerciais. Até o momento, o uso de terceiros tem sido restrito ao interesse público e grupos comunitários. Terceiros comerciais, em particular, permanecem um recurso amplamente inexplorado na arena ambiental, apesar de seu considerável potencial para atuar tanto como quase-reguladores quanto para influenciar o comportamento dos regulados em geral (GUNNINGHAM, 1998, pp. 14-15).

2.4.2 Combinando instrumentos regulatórios

Uma das teses centrais da teoria é a de que recrutar terceiros para agir como reguladores, implementando uma combinação de instrumentos regulatórios, produzirá resultados melhores, mais efetivos – isso além de reduzir a carga regulatória como um todo do Estado, abrindo espaço para alocação de recursos onde mais se mostrar necessário¹⁹⁸. Na concepção dos autores, os atores envolvidos na regulação podem ser basicamente divididos em 3 amplas categorias, ou seja, a regulação deve ser entendida como uma função administrativa que abarca não apenas os governos

¹⁹⁷ Op. cit., p. 14.

¹⁹⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 15.

(“primeiras partes”) e as empresas e outros “alvos” diretos da regulação (“segundas partes”), mas também uma série de outros atores interessados (que serão, doravante denominados de “terceiros”), tanto comerciais como não comerciais

A utilização de terceiros para agir como auxiliares dos reguladores não se dá em cumprimento a uma agenda ideológica da desregulação, mas sim porque, na visão dos autores, ela criará uma combinação de políticas mais robusta e abrangente do que as abordagens tradicionais, ao mesmo tempo em que alcançará resultados mais econômicos, eficientes para os negócios¹⁹⁹.

Não se defende a visão, entretanto, de que quanto maior o número de diferentes instrumentos e atores, melhor: pontua-se a necessidade de uma seleção cuidadosa das combinações regulatórias. É bastante difícil generalizar as combinações ótimas de instrumento regulatórios, uma vez que irão depender dos problemas a ser enfrentados pelo regulador. De fato, diferentes combinações de instrumentos ou a introdução de um novo instrumento em uma combinação de políticas existentes podem ter uma variedade de efeitos, nem todos positivos. Eles variam de sinergia (situação em que dois instrumentos aumentam os efeitos um do outro) até a neutralização (se ocorrer de um instrumento anular ou diluir os efeitos de outro), como será visto oportunamente²⁰⁰.

2.4.3. Objetivos próximos e remoto da teoria

A abordagem da teoria da *smart regulation*, no que tange à tarefa de desenhar uma política regulatória, é principalmente normativa. É do ponto de vista da política pública que se abordam as questões da estratégia regulatória: em que circunstâncias e em que medida a regulação pode ser deixada com segurança para as próprias empresas? Quando a intervenção governamental é necessária, quais formas ela deve assumir? Quais são as implicações de adotar uma forma de regulamentação em vez de outra? Quais são as funções apropriadas de terceiros? Como se pode alcançar

¹⁹⁹ Op. cit., p. 16.

²⁰⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 16.

uma regulação mais inteligente e eficaz? A preocupação, em cada caso, é sugerir maneiras pelas quais os formuladores de políticas, agindo de boa-fé e pretendendo elaborar uma regulação bem-sucedida, possam abordar melhor esses problemas²⁰¹.

Os autores argumentam que “o objetivo institucional primário é produzir regras que tenham uma chance razoável de sobreviver aos inevitáveis ataques políticos e jurídicos e que sejam capazes de um grau tolerável de implementação efetiva no mundo real”. Vislumbra-se, assim, uma abordagem do *design* regulatório na qual o governo é relativamente desimpedido pela bagagem ideológica do debate regulação *versus* desregulação e busca aproveitar os recursos de uma gama de participantes potenciais. Uma parte substancial do trabalho do regulador é justamente o de identificar oportunidades para soluções “ganha-ganha” e criar combinações de políticas que maximizem essas oportunidades²⁰².

Apesar de não enunciado dessa maneira pelos criadores da teoria, ou mesmo sugerido de alguma maneira explícita, parece claro que o que a teoria propõe, no fundo, é que o Estado, em sua atuação, atinja um nível de excelência regulatória. Esse o seu objetivo remoto.

Partindo da análise de Cary Coglianese, pode-se tentar compreender a excelência regulatória: i) de acordo com determinadas características do regulador; ii) conforme as ações que ele toma; e iii) tendo por base o resultado de suas atuações²⁰³.

Em primeiro lugar, ao definir excelência em termos de características, adjetivos serão usados para descrever as qualidades ou capacidades do regulador como, por exemplo, “conhecedor”, “credível”, “honesto”. Essas características descrevem um “estado” geral do regulador, uma postura geral que ele mantém ao conduzir sua atuação diária²⁰⁴.

²⁰¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 22-23.

²⁰² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. UK: Oxford University Press, p. 25.

²⁰³ COGLIANESE, Cary. **Defining and assessing regulatory excellence**. Discussion Paper, University of Pennsylvania Law School, 2015, p. 2. Disponível em <https://www.law.upenn.edu/live/files/4366-coglianesediscussion-draft1march-2015pdf>. Acesso em 8/4/2021.

²⁰⁴ Op. cit., p. 2.

Obviamente, a excelência regulatória pressupõe a fidelidade à lei e o compromisso com o interesse público. Ademais, o regulador deve possuir a virtude do equilíbrio, ouvindo o que têm a dizer todos os que têm valores ou interesses em jogo nas suas decisões, procurando perceber como as suas decisões vão afetar os outros e tentando tomar decisões que se beneficiem dos diferentes conhecimentos distribuídos pela sociedade. Para tanto, o regulador deve ter capacidade analítica para analisar as melhores evidências disponíveis para apoiar suas decisões, buscando reduzir e gerenciar riscos de forma inteligente (mesmo que o risco nunca possa ser totalmente eliminado)²⁰⁵.

A excelência regulatória pode tomar por base, também, o tipo de ações que o regulador realiza no curso da regulação, ou, quiçá, a forma particular de sua atuação no mercado. Atributos como “vigilante”, “sério”, “razoável”, “transparente” são os que se cogitam para ser aplicados aqui. Ou, também, “a excelência como ação pode ser articulada em termos de tipos específicos de melhores práticas, por exemplo, ‘um excelente regulador toma medidas de fiscalização contra os maiores riscos’, ‘um excelente regulador usa instrumentos regulatórios flexíveis’, ‘um excelente regulador adota uma solução de problemas em vez de uma abordagem punitiva para a aplicação’”²⁰⁶.

Uma última variável a ser analisada, nesta perspectiva de excelência regulatória, refere-se aos resultados que são frutos das ações do regulador. Assim, pode-se ter excelência regulatória quando as ações do regulador realmente têm impacto em termos de resolução do problema, possuem custo-benefício, ou seja, atingem um nível específico do resultado desejado a um custo baixo, quando o regulador consegue equilibrar o resultado desejado com outros resultados ou preocupações, como custos, de modo a atingir um nível “ótimo” de redução do problema²⁰⁷.

²⁰⁵ COGLIANESE, Cary. **Listening, learning, and leading: a framework for regulatory excellence**. Penn Program on Regulation. University of Pennsylvania Law School. Disponível em <https://www.law.upenn.edu/live/files/4946-pprfinalconvenersreport.pdf>. Acesso em 8/4/2021.

²⁰⁶ **Defining and assessing regulatory excellence**. Cary Coglianese. Discussion Paper, University of Pennsylvania Law School, 2015, p. 2. Disponível em <https://www.law.upenn.edu/live/files/4366-coglianesediscussion-draft1march-2015pdf>. Acesso em 8/4/2021.

²⁰⁷ Op. cit., p. 3.

2.4.7 Critérios de avaliação para saber quando usar determinada abordagem

Para os autores, um desempenho nada satisfatório, tanto da regulação comando e controle governamental quanto da ideia da desregulação pura e simples – regulação pelas forças do mercado apenas – forçou um reexame crítico das estratégias regulatórias²⁰⁸.

A teoria da *smart regulation* procura oferecer a seguinte abordagem: identificar combinações ideais de instrumentos, tanto estatais quanto de mercado, que efetivamente sirvam para atender aos objetivos regulatórios. Em particular, procura-se estabelecer um processo de modelagem regulatória que possa orientar os formuladores de políticas e os reguladores a evitar os excessos e ineficiências do comando e controle, por um lado, e as armadilhas da desregulação, por outro, enquanto potencializa as virtudes de cada um.

A teoria, portanto, na visão dos autores, tem por finalidade oferecer meios para reguladores e formuladores de políticas que buscam cumprir seu mandato de alcançar resultados a um custo social e econômico aceitável e construir políticas que melhorem os resultados, tanto para o bem público como para o privado. Para isso, os reguladores devem poder explorar uma gama mais ampla de estratégias antes de escolher uma solução para um problema regulatório. Em outras palavras, devem ter a possibilidade de tratar de forma diferente violadores graves das regras e seus ocasionais não cumpridores – não somente modulando o valor da multa ou a qualidade da sanção -, usar com mais eficiência os escassos recursos de fiscalização do Estado, recrutar uma série de terceiros para ajudá-los nessa tarefa, encorajar a tomada de decisão racional e informada²⁰⁹.

Enfim, e sob o risco de ser repetitivo, a teoria da *smart regulation* se refere a uma forma de pluralismo regulatório que abrange formas flexíveis de controle de mercado, atraindo Estado, empresas e terceiros para o próprio processo da regulação. Assim, as estratégias regulatórias podem abranger a autorregulação e a corregulação, usando interesses comerciais e organizações não governamentais como auxiliares

²⁰⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 35.

²⁰⁹ Op. cit., p. 35.

regulatórios. O raciocínio subjacente, mais uma vez, é o de que, na maioria das circunstâncias, o uso de instrumentos de política múltiplos, em vez de únicos, e uma gama mais ampla de atores auxiliando a regulação, produzirá melhor resultado. Como tal, prevê a implementação de combinações complementares de instrumentos e participantes adaptados para atender aos imperativos de questões ambientais específicas²¹⁰.

“Regulação inteligente” pretende ser uma solução para o impasse intelectual entre aqueles que defendem uma forte regulação estatal dos negócios e aqueles que defendem a desregulação. Portanto, a “regulação inteligente” propõe uma mudança para um estilo de implementação da regulação, no sentido de que reconhece que a intervenção governamental continuará a ocorrer, embora seletivamente e em combinação com uma gama de soluções de mercado e de fora do mercado. A “regulação inteligente” deve ser “responsiva”, ou seja, uma agência reguladora deve reconhecer e responder à diversidade de organizações que regula, fazendo com que seu regime regulatório se adapte à forma como as organizações individuais se comportam²¹¹.

A fim de, didaticamente, explicitar o funcionamento da regulação proposto pela teoria, os autores lançaram mão de alguns princípios que servirão de norte para o restante do presente trabalho, sendo desenvolvidos nos capítulos seguintes. Mas, desde já, segue a enunciação deles:

- (i) Deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instrumentos;
- (ii) Deve-se dar preferência a combinações de estratégias que incorporam uma ampla gama de instituições;
- (iii) Deve-se dar preferência a medidas menos intervencionistas.

O primeiro princípio defende uma seleção cuidadosa das combinações regulatórias mais efetivas. Todos os instrumentos individuais têm pontos fortes e

²¹⁰ Op. cit., p. 36.

²¹¹ VAN GOSSUM, P., et al. **Smart regulation: can policy instrument design solve forest policy aims of expansion and sustainability in Flanders and the Netherlands?** Forest Policy and Economics, 2009, p. 2.

fracos e nenhum é, ao mesmo tempo, suficientemente flexível e resiliente para ser capaz de abordar com sucesso todos os problemas regulatórios em todos os contextos. Assim, é importante considerar sistematicamente os benefícios da aplicação mútua de diferentes instrumentos²¹².

Pelo segundo, leva-se em conta que, além do governo e do setor regulado, existe uma grande variedade de atores institucionais, incluindo terceiros (no sentido já definido nesta tese) comerciais e não comerciais, como fornecedores, clientes e o crescente elenco de auditores e certificadores, que podem auxiliar na redução do peso da intervenção governamental. Além disso, a capacitação de auxiliares regulatórios é importante porque a participação de terceiros, particularmente de terceiros comerciais, no processo regulatório é improvável de acontecer espontaneamente, exceto em uma gama muito limitada de circunstâncias em que interesses públicos e privados coincidem substancialmente. Assim, o governo continua importante como um facilitador, catalisador e coordenador de terceiros.²¹³

Por fim, o terceiro princípio se baseia na necessidade de cooperação entre regulador e regulado, aproveitando-se o primeiro das boas intenções do regulado e de sua propensão (moral, social) de cumprir bem os deveres. Mas esse princípio sempre tem que levar em conta que um determinado instrumento pode ser eficaz para influenciar o comportamento de alguns atores, mas não de outros. Em segundo lugar, um determinado instrumento, que antes da sua introdução parecia ser viável na sua totalidade, pode, à luz da experiência prática, provar que não o é. No entanto, a existência de um *big stick*, ou uma estratégia com forte poder de dissuasão, mesmo quando esse *stick* nunca é usado, melhora o desempenho dos instrumentos menos intervencionistas. A ideia é que quanto maiores os níveis de “punitividade” em direção aos quais uma agência pode escalar, maior sua capacidade de levar os regulados a uma atitude cooperativa, sem precisar, efetivamente, valer-se dos meios punitivos²¹⁴. Assim, as medidas menos intervencionistas têm mais possibilidade de sucesso quando aplicadas à sombra de possíveis duras sanções.

²¹² Op. cit., p. 3.

²¹³ Op. cit., p. 3.

²¹⁴ Op. cit., p. 3.

2.4.8 Dificuldades da aplicação da teoria da *smart regulation*

Obviamente, tal como ocorre com todas as outras, a teoria da *smart regulation* não é isenta de críticas. Uma das principais é certamente a referente à quebra da isonomia e da ausência de segurança jurídica.

Quanto à discussão sobre isonomia, o alegado problema residiria no fato de que há grupos de regulados sendo tratado, ao mesmo tempo, com bases jurídicas distintas²¹⁵. Contudo, é preciso observar que, se um prestador de serviço está sendo tratado mais duramente do que outro, isso não significa necessariamente quebra de isonomia. O oferecimento de condições iguais ocorre em um momento inicial da aplicação da teoria: todos os que voluntariamente cooperarem e tiverem capacidade organizacional e institucional para atingir um nível mínimo de qualidade, poderão se autorregular. Se uma agência reguladora percebe uma atitude não cooperativa de algum dos regulados e passa a tratá-lo com maior rigor, isso ocorre porque houve uma diferença de comportamento entre os regulados, diferença essa que justifica o tratamento diferenciado, mais rigoroso.

Afora as puramente ideológicas, há ponderáveis objeções relacionadas à possível negligência da teoria em relação a questões institucionais, perspectivas regulatórias dominantes, sensibilidade ao desempenho e adaptabilidade à mudança do regime regulatório²¹⁶.

As questões institucionais dizem respeito às limitações que podem reduzir as opções regulatórias disponíveis para os reguladores e políticos. Destarte, o regulador pode não ter competência suficiente e/ou poder para escolher certas opções regulatórias. Isso pode ocorrer por questões legais, de legitimidade, por medo²¹⁷.

Ademais, sua escolha pode ser ainda mais restrita pelas perspectivas regulatórias predominantes no Estado, dos reguladores e dos regulados. A

²¹⁵ PAULA, Felipe de. **Legislative policy in Brazil: limits and possibilities**. Universidade de Leiden. Tese de doutorado. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1887/61205>. Acesso em 26.7.2021, p. 166.

²¹⁶ Van Gossum, P., Arts, B. & Verheyen, K. **From “smart regulation” to “regulatory arrangements”**. *Policy Sci* 43, 245-261, 2010, p. 245.

²¹⁷ Op. cit., pp. 247-248.

perspectiva regulatória nacional ou o estilo de política pode ser descrito como o procedimento operacional padrão de um país com base nos valores arraigados que os sistemas políticos nacionais desenvolveram para fazer e implementar políticas. O estilo da política nacional depende, por sua vez, do grau de separação e de interação entre Estado, mercado e sociedade civil. Assim, um país com uma distinção clara entre Estado, mercado e sociedade civil terá uma lógica predominantemente orientada para o Estado²¹⁸.

A dificuldade relacionada à sensibilidade ao desempenho diz respeito à necessidade de o regulador ser capaz de avaliar o desempenho da regulação à luz de seus objetivos e de modificar suas ferramentas e estratégias quando necessário para melhorar o desempenho. Tal faceta das regulações responsivas demanda, realmente, um grande esforço de análise do regulador, que só conseguirá fazê-lo se possuir muita experiência no trato com o setor, capacidade financeira, operacional e de pessoal bastante robusta para tanto.

John Braithwaite responde, parcialmente, a objeções semelhantes, especialmente quando dirigidas à aplicação da teoria em países em desenvolvimento, situação em que esses problemas tendem a ser mais agudos²¹⁹.

De fato, alguns argumentaram que os países em desenvolvimento têm, na sua maioria, menor capacidade regulatória que os desenvolvidos. Essa capacidade regulatória diminuída é moldada por duas constatações: por um lado, afirma-se que o regulador não detém força política suficiente para carregar uma *big gun* como ameaça crível contra grandes corporações econômicas; por outro, os órgãos reguladores de países em desenvolvimento não estão aparelhados, em termos quantitativos (número de pessoal) e qualitativos (formação dos reguladores), para poder aplicar corretamente a teoria responsiva ou da *smart regulation*, com suas nuances de equilíbrio entre fiscalização, persuasão, diálogo, punição, escalada e descida da pirâmide etc.

A resposta à primeira constatação é a necessidade da regulação em rede. Segundo Braithwaite (2006, p. 890), “vivemos em uma era de governança em rede”

²¹⁸ Op. cit., p. 248.

²¹⁹ BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation and developing economies**. World Development, v. 34, nº 5, 2006, p. 884.

e, por isso, ele defende a importância central de terceiros, particularmente organizações da sociedade civil, que devem ser diretamente envolvidos na supervisão da aplicação da regulamentação. A atuação em rede, aqui, significa uma estreita cooperação entre os órgãos, estatais ou não, para os objetivos comuns, inclusive com compartilhamento de informações e responsabilidades²²⁰.

Além de auxiliar nessa fiscalização, as organizações da sociedade civil ajudam a construir ou destruir reputação de empresas reguladas. Podem organizar boicotes de consumidores, publicam ranking de qualidade em suas páginas na internet, divulgam as empresas com maior número de reclamações, entre outras práticas chamadas por ele de *naming and shaming*²²¹. O papel de terceiros, como visto, é fundamental na teoria da *smart regulation*.

Julia Black também apresenta uma série de desafios que os regimes regulatórios descentralizados enfrentam. Tais desafios, obviamente, não são exclusividades de regimes policêntricos, mas são intensificados por eles. Citem-se entre eles desafios funcionais, sistêmicos, democráticos e normativos. Os funcionais estão relacionados ao problema de coordenação: as redes de organizações dentro de um regime regulatório podem ser caracterizadas por interdependências complexas e podem não ter um *locus* central de autoridade. A presença do Estado aqui, supervisionando, coordenando e, quando necessário, agindo coercitivamente, tende a minimizá-lo. Os desafios sistêmicos giram em torno da relação entre os vários sistemas jurídicos, dada a presença de numerosas ordens normativas²²². Também aqui parece que a atuação estatal, integrando esses sistemas dentro de uma estratégia maior de regulação, pode ser fundamental para minorar essa dificuldade. Os desafios normativos derivam, como o próprio nome diz, de preocupações normativas quanto aos objetivos e operação do regime regulatório, de concepções concorrentes do bem que deve ser perseguido. Mais uma vez, a atuação estatal, supervisionando, dirigindo ou coordenando a atuação dos particulares tende a reduzir essa disfunção.²²³

²²⁰ Idem, ibidem, p. 890.

²²¹ Idem, ibidem, p. 891.

²²² BLACK, Julia Black. **Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes**. Regulation & Governance, v. 2, 137-164, 2008, p. 140.

²²³ Op. cit., p. 141.

2.5 O particular desafio de legitimidade de regimes regulatórios policêntricos

Há, contudo, um desafio particular, e que precisa ser abordado com mais vagar, que é o da legitimidade de regimes regulatórios policêntricos, ou seja, regimes nos quais nem todas as funções são necessariamente desempenhadas por uma organização única; em vez disso, elas podem estar dispersas entre os atores em um regime regulatório, incluindo atores do mercado, organizações da sociedade civil, reguladores estatais e não estatais, inter-relacionados numa miríade de maneiras diferentes²²⁴²²⁵.

Legitimidade implica, no fundo, credibilidade e aceitabilidade social: uma entidade tem legitimidade quando existe uma percepção generalizada ou suposição de que as ações dela são desejáveis, adequadas ou apropriadas dentro de algum sistema socialmente construído de normas, valores, crenças e definições²²⁶.

A legitimidade está enraizada na aceitação por outros e, mais particularmente, nas razões dessa aceitação. Para Julia Black, a legitimidade pode ser pragmática (a pessoa ou grupo social percebe que a organização perseguirá seus interesses direta ou indiretamente), pode ser de base moral (a pessoa ou grupo social percebe os objetivos e/ou procedimentos da organização como moralmente adequados) ou baseada em cognição (a organização é aceita como necessária ou inevitável)²²⁷.

A legitimidade, portanto, reside tanto nos valores, interesses e expectativas e estruturas cognitivas daqueles que estão percebendo ou aceitando o regime quanto no próprio regime. Os selos *Forest Stewardship Council*, por exemplo, são vistos como legítimos por vários atores do mercado nas indústrias florestal e química, respectivamente, ainda que não tenham base legal²²⁸. Além disso, as percepções de diferentes pessoas sobre se uma organização é legítima não são necessariamente baseadas nos mesmos tipos de avaliações. A mesma instituição pode ser percebida

²²⁴ Op. cit., p. 139.

²²⁵ Uma das mais estudadas experiências do policentrismo está na regulação do ciberespaço.

²²⁶ Op. cit., p. 144.

²²⁷ Op. cit., p. 144.

²²⁸ Op. cit., p. 145.

legítima por alguém porquanto incorpora determinada ideologia e por outra pessoa que a enxerga como procedimentalmente justa.

Pois bem: a legitimidade é particularmente relevante quando se considera a função de atores não estatais na regulação, pois nem todas as organizações serão percebidas como legítimas no desempenho de funções regulatórias. Uma associação civil, por exemplo, pode ser considerada por alguns como legítima no desempenho de um papel de lobista, mas não como regulador²²⁹.

Julia Black sugere que há quatro maneiras de reivindicar legitimidade²³⁰. Em primeiro lugar, há as reivindicações constitucionais, que enfatizam a conformidade com as normas constitucionais e seus grandes princípios. Depois, as reivindicações da justiça, que enfatizam os valores ou fins que a organização busca, incluindo a concepção de justiça, mas também objetivos como sustentabilidade, desenvolvimento ou livre comércio. As reivindicações de legitimidade funcional ou baseada no desempenho focam os resultados. Por fim, as reivindicações democráticas estão preocupadas com o grau em que a organização ou regime é congruente com um modelo particular de governança democrática, por exemplo, representativa, participativa ou deliberativa²³¹.

A importância dessa discussão para a teoria que ora se debate é esta: os reguladores estatais devem construir um sistema em que terceiros participantes do processo regulatório adquirem legitimidade, idealmente por todas as formas descritas no parágrafo anterior. Assim, uma organização da sociedade civil com assento na mesa de regulação pode reivindicar sua legitimação por razões constitucionais (participação popular na administração pública, moralidade administrativa, publicidade), de justiça (uma que seus associados potencialmente sentirão os efeitos de determinada normativa da agência), funcional (a participação dela somente tem sentido se realmente agregar em termos qualitativos no processo de regulação) e democráticas (fomento da cooperação particular com as entidades estatais)²³².

Todos os reguladores, mas particularmente os reguladores não estatais, precisam de legitimidade, porque a legitimidade é um elemento crítico em guiar e

²²⁹ Op. cit., p. 145.

²³⁰ Op. cit., pp. 145-146.

²³¹ Op. cit., p. 146.

²³² Op. cit., p. 146.

motivar – até certo ponto, obviamente - respostas comportamentais. Ao contrário dos reguladores estatais, cujas ações são apoiadas no princípio da legalidade, atores não estatais podem não ter um sustentáculo legal para motivar as pessoas a se comportarem²³³.

Uma forma de legitimação também está construída sobre o que Julia Black denomina relações de responsabilização. A responsabilização é o caminho pelo qual as reivindicações de legitimidade são validadas. Em um contexto regulatório, as percepções do direito de supervisionar, dirigir, coordenar (legitimidade) dependem (no todo ou em parte) se se enxerga que o ator tem relações de responsabilidade com outras pessoas, pois isso o levará a agir racionalmente, dentro de parâmetros controláveis. Em sua essência, a responsabilidade é um tipo particular de relacionamento entre os diferentes atores em que um presta contas e outro tem o poder ou autoridade de impor consequências como resultado. Em outras palavras, A ser responsável perante B significa que A concorda com o escrutínio externo por ou em nome de B e que a resposta de B fará uma diferença prática na conduta de A, seja retrospectivamente, prospectivamente ou ambos²³⁴.

Historicamente, o conceito de prestação de contas está intimamente relacionado à contabilidade; na verdade, vem literalmente da contabilidade. De acordo com a pesquisa de Bovens, as raízes do conceito contemporâneo podem ser rastreadas até o reinado de Guilherme I, nas décadas após a conquista normanda da Inglaterra em 1066. Em 1085, ele exigiu que todos os detentores de propriedades em seu reino fizessem uma contagem dos bens que possuíam. Essas propriedades foram avaliadas e listadas por agentes reais nos chamados *Domesday Books*. Ao longo do tempo, é claro, a prestação de contas deixou de ser ferramenta exclusivamente contábil, passando a ter papel primacial na própria gestão pública. Já no início do século XII, ocorreu uma evolução para uma realeza administrativa altamente centralizada que era governada por meio de auditoria centralizada e prestação de contas semestral²³⁵.

²³³ Op. cit., p. 148.

²³⁴ Op. cit., p. 150.

²³⁵ **Public accountability.** Mark Bovens. The Oxford Handbook of Public Management. Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr., and Christopher Pollitt (Ed.), 2007, p. 182. Disponível em <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199226443.001.0001/oxfordhb-9780199226443-e-9>. Acesso em 19/3/2021.

Destarte, para que o uso de terceiro na regulação seja realmente eficaz é necessário que realmente preste contas, publicamente, por sua atuação e que essa atuação possa ser contestada por outro. Isso depende de acesso à informação e qualificação dos participantes do mercado. Tem-se aqui, portanto, uma noção relacional de responsabilidade: ser responsável é concordar em sujeitar-se a relações de escrutínio externo que podem ter consequências²³⁶.

O problema é que, hoje, a noção que se tem de responsabilidade é de punição:

Eles [gestores públicos] reconhecem que se alguém os responsabiliza, duas coisas podem acontecer: quando eles fazem algo bom, nada acontece, mas, quando erram, o inferno pode explodir. Aqueles a quem queremos responsabilizar têm uma compreensão clara do que significa responsabilidade: responsabilidade significa punição (BOVENS, 2007, p. 189).

Obviamente, isso não significa deixar a responsabilização dos agentes públicos e de particulares de lado. A responsabilidade é, em última análise, a marca registrada de todo gestor, público ou privado²³⁷. Ocorre que ela deve acontecer em vista de suas finalidades. A primeira, o controle. O dever de prestar contas fornece aos representantes políticos e aos eleitores os insumos necessários para julgar a justiça, eficácia e eficiência da governança²³⁸. Obviamente, a responsabilidade funciona também como um instrumento de aumento da integridade da governança pública. O caráter público da prestação de contas é uma proteção contra corrupção, abuso de poder e outras formas de comportamento impróprio. Pressupõe-se, de fato, que a prestação de contas públicas irá dissuadir os gestores de fazer uso indevido de seus poderes e fornecerá aos controladores, sejam eles jornalistas, grupos de interesse, membros do parlamento ou controladores oficiais (como os tribunais de contas) informações essenciais para rastrear abusos administrativos²³⁹.

Suas funções não se esgotam por aí. A segunda finalidade que se pode facilmente enxergar é a aprendizagem institucional. Prestação de contas não é só

²³⁶ BLACK, Julia Black. **Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes**. *Regulation & Governance*, v. 2, 137-164, 2008, p. 151.

²³⁷ Op. cit., p. 182.

²³⁸ Op. cit., p. 193.

²³⁹ Op. cit., p. 193.

uma questão de controle, mas também de prevenção. As normas são produzidas, internalizadas e, quando necessário, ajustadas por meio da prestação de contas²⁴⁰. Todas essas funções servem para uma: manter ou aumentar a legitimidade da governança pública. A responsabilidade, no sentido de transparência e capacidade de resposta, funciona para aumentar a confiança do público²⁴¹.

Finalmente, especialmente em casos mais graves, como os de grandes tragédias, os processos de prestação de contas públicas têm uma função ritual importante, purificadora, e podem ajudar a proporcionar o que Mark Bovens (2007, p. 194) chama de “catarse pública”: prestar contas em público pode ajudar a pôr fim a um período trágico e pode permitir que as pessoas expressem suas queixas, que seja uma ocasião de arrependimento, reparação e, eventualmente, perdão, e podem, assim, evitar que o passado permaneça um peso sobre os ombros de todos os envolvidos e em suas relações mútuas²⁴².

A análise dessas funções de responsabilidade deve levar, contudo, a uma outra: a de suas disfunções. De fato, cada uma dessas funções de responsabilidade pode facilmente se transformar em disfunções se a responsabilidade pública for perseguida, nas palavras de Bovens (2007, p. 194), “com muito zelo”, ou com rigor excessivo.

O controle pode arrefecer o empreendedorismo dos gestores públicos e transformar as agências em burocracias obcecadas por regras. Segundo Bovens (2007, p. 194), “organizações obcecadas por regras transformam os tímidos em covardes e os ousados em bandidos”. Muita ênfase na integridade e no controle da corrupção levará a um procedimentalismo que prejudica seriamente a eficiência e a eficácia das organizações públicas²⁴³. Muita ênfase na responsabilidade e transparência pode levar a decisões subótimas e ineficientes em vez de melhorar o

²⁴⁰ Op. cit., p. 193.

²⁴¹ Op. cit., pp. 193-194.

²⁴³ Op. cit., p. 194.

desempenho. Em situações em que os recursos são escassos, uma grande ênfase na responsabilização pode levar a uma distribuição ineficiente desses recursos²⁴⁴.

Ademais, não existe uma relação proporcional absoluta entre transparência e legitimidade. O aumento da transparência pode levar a uma política de escândalo e diminuir a legitimidade da governança²⁴⁵. Finalmente, a função de “catarse pública” pode fazer surgir “bodes expiatórios” em vez do perdão e, destarte, podemos ter em cena um jogo de culpa em que gestores responsabilizados funcionam como para-raios para os políticos²⁴⁶.

Definidos, assim, os contornos contextuais e textuais da teoria escolhida neste trabalho, apresentados os desafios e críticas – com algumas hipóteses de superação delas –, resta averiguar os pormenores de suas diretivas e entender como encaixá-la no quadro jurídico brasileiro, dialogando com as normas jurídicas aqui presentes.

CAPÍTULO 3. A PREFERÊNCIA PELA COMBINAÇÃO DE INSTRUMENTOS

²⁴⁴ Op. cit., p. 195.

²⁴⁵ Op. cit., pp. 195-196

²⁴⁶ Op. cit., p. 196.

3.1 Variedade de instrumentos regulatórios

A primeira diretiva para a atuação estatal no Estado pós-regulador trata da importância da combinação de vários instrumentos regulatórios. De fato, para a teoria da *smart regulation* são raras as circunstâncias em que um único instrumento regulatório é o meio mais eficiente de abordar um problema específico. Na maior parte das vezes, os instrumentos individuais têm pontos fortes e fracos e nenhum é suficientemente flexível e resiliente o suficiente para ser capaz de resolver com sucesso todos os problemas em todos os contextos²⁴⁷.

Assim, embora cada uma das categorias principais de instrumentos tenha algo valioso a oferecer, elas têm limitações substanciais como estratégia "autônoma". Além disso, nenhum tipo de instrumento funciona o tempo todo, sempre e em qualquer circunstância. O sucesso dos instrumentos também depende substancialmente dos interesses e da capacidade dos principais participantes da regulação e de seus relacionamentos²⁴⁸.

A escolha dos instrumentos de política é muitas vezes vista através da lente ideológica da luta entre "o bem e o mal". Não é incomum que uma gama de instrumentos seja condenada (por exemplo, instrumentos de autorregulação ou com caráter mais participativo) e os méritos de algum instrumento único alternativo (regulação comando e controle) alardeados como a personificação de todo o bem. As consequências infelizes de tais abordagens, se adotadas, são geralmente o uso desse instrumento menos como "o bisturi de um cirurgião cuidadoso trabalhando no corpo, e mais como o cutelo de açougueiro, com pouco respeito pelo tecido do paciente que cai sob o instrumento cortante"²⁴⁹. Em outras palavras: utiliza-se um instrumento que não respeita as circunstâncias, o contexto no qual se atua.

²⁴⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 8.

²⁴⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 37.

²⁴⁹ Michael Howlett. **Beyond good and evil in policy implementation: instrument mixes, implementation styles, and second generation theories of policy instrument choice**. *Policy and Society*, 23:2, 1-17, 2004, p. 1.

O *design* inovador de políticas, entretanto, requer que os parâmetros de escolha do instrumento sejam bem compreendidos para que se apreciem as nuances e complexidades dos estilos de implementação e seus efeitos nas escolhas dos instrumentos, a fim de garantir que o bisturi triunfe sobre o cutelo no *design* e quanto ao uso do instrumento.

Darren Sinclair afirma que há um número crescente de instrumentos de política que desafiam a compartimentalização nítida e que muitos desses instrumentos de política não se encaixam confortavelmente nas rígidas categorias de comando e controle e autorregulação. Em vez disso, há uma gama muito mais rica de políticas que ficam em algum lugar entre dois extremos teóricos. O problema é que aqueles que estão presos a um paradigma que, incorretamente, assume que as escolhas devem ser feitas entre modelos puros e simples de autorregulação, ou comando e controle de regulação, dificilmente serão capazes de apreciar oportunidades matizadas para alcançar eficiência que surge de combinações complementares de componentes de ambos os tipos de instrumentos²⁵⁰.

A vantagem da ideia de combinação de instrumentos é que, ao reconhecer a amplitude das variáveis disponíveis, é possível conceber instrumentos de política muito mais sofisticados e eficientes. Em particular, os reguladores, não mais obnubilados por falsas dicotomias, serão capazes de manipular essas variáveis para se adequar às características específicas de questões particulares. A prioridade, portanto, é identificar a gama de variáveis regulatórias disponíveis aos formuladores de políticas²⁵¹.

Uma das principais variáveis está no nível de coercitividade a ser empregado. O sustentáculo da regulação comando e controle é a teoria da dissuasão, segundo a qual o cumprimento das normas é tratado em função da probabilidade de um infrator ser punido e da severidade da pena. Por outro lado, a autorregulação depende substancialmente da boa vontade e da cooperação de empresas individuais para seu cumprimento. Acresce, contudo, que esses extremos “mascaram uma miríade de sutilezas em relação à coercitividade regulatória”. Assim é que

²⁵⁰ Sinclair, D. (1997). **Self-regulation versus command and control beyond false dichotomies.** *Law & Policy*, 19(4), 529-560, p. 532.

²⁵¹ Op. cit., p. 533.

(...) em termos da variável coercitividade regulatória, o comando e o controle dependem muito mais do voluntarismo do que os teóricos da dissuasão admitiriam confortavelmente e, da mesma forma, a autorregulação depende muito de um suporte da regulação governamental ou, pelo menos, da ameaça de regulamentação governamental (ou seja, a cooperação só ocorre à sombra da lei) (SINCLAIR, 1997, p. 532).

Os tópicos a seguir, neste capítulo, irão aprofundar essa discussão.

3.2 Regulação comando e controle

Tratando da regulação ambiental, mas em raciocínio aplicável também a outros setores regulados, como o de telecomunicações, os autores da teoria da *smart regulation* afirmam que, desde o início da década de 1970, governos em todo o mundo responderam ao aumento da degradação ambiental e da poluição industrial com uma miríade de políticas ambientais, mas em especial por meio da regulação "comando e controle" projetada para proibir ou restringir atividades econômicas prejudiciais ao setor regulado²⁵².

A regulação comando e controle é geralmente caracterizada por uma meta a ser alcançada pelo regulado – seja um limite nas emissões de um poluente para a água ou o ar, seja um determinado índice de qualidade nos serviços de telecomunicações. Geralmente, requer-se que o regulador determine a meta ou padrão com base no que é tecnicamente viável em um determinado ponto no tempo, em um determinado setor industrial e em uma determinada aplicação industrial.

Os autores noticiam que o termo "comando e controle" penetrou a linguagem dos formuladores de políticas (principalmente substituindo o termo "regulação direta") em grande parte por meio dos escritos de economistas que o usaram para encapsular

²⁵² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 38.

o que consideravam os aspectos negativos da intervenção direta do governo, contrastando-os com as virtudes dos mecanismos de mercado²⁵³.

De uma maneira geral, a regulação comando e controle – apesar de assumir uma grande variedade de formas – apresenta-se mais comumente sob a forma da imposição de padrões ao setor regulado. Os padrões envolvem o estabelecimento de requisitos uniformes em amplas categorias de atividades para atingir objetivos regulatórios específicos²⁵⁴.

3.3 Uma reformulação do problema – regulação baseada em princípios X regulação baseada em regras

Nessa linha de raciocínio, vem ganhando corpo a ideia de regulação baseada em princípios, deixando de lado as regras prescritivas detalhadas e confiando crescentemente em regras mais abertas e princípios para definir os padrões pelos quais as empresas reguladas devem conduzir seus negócios²⁵⁵.

A lógica dessa estratégia baseia-se na ideia de que as empresas e suas administrações detêm mais informação sobre seus próprios negócios do que os reguladores e, assim, estão mais bem posicionadas do que eles para determinar quais processos e ações são necessários em seus negócios para atingir um determinado objetivo regulatório. O papel primário do regulador é o de definir, ao menos de maneira ampla, os resultados que exigem que as empresas alcancem; quanto ao modo exato do cumprimento das obrigações, concede-se flexibilidade para as empresas²⁵⁶.

A regulação comando e controle baseia-se em normas prescritivas com certa dose de previsibilidade; no entanto, essa forma de regulação pode levar a lacunas, inconsistências, rigidez e é propensa à "*compliance* criativa" ou "cosmética", à necessidade de ajuste constante a novas situações e à "síndrome da catraca", "à

²⁵³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 39.

²⁵⁴ Op. cit., p. 40.

²⁵⁵ Julia (2007) **Principles based regulation: risks, challenges and opportunities**. In: Principles Based Regulation, 28/3/2007, Sydney, Australia (conferência), p. 5. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/62814/>. Acesso em 19/3/2021.

²⁵⁶ Op. cit., p. 10.

medida que mais regras são criadas para resolver novos problemas ou fechar novas lacunas, criando mais lacunas” que precisam de mais regras e assim por diante. Do lado oposto, a regulação baseada em princípios permite um maior grau de “preparação para o futuro”, facultando que o regime responda a novas questões à medida que surgem sem ter que criar novas regras²⁵⁷.

As regras, apesar de parte integrante da regulação, não são um instrumento regulador perfeito. As regras e padrões escritos têm, em geral, as seguintes limitações: i) são apenas uma “melhor estimativa” quanto ao futuro, podendo surgir novas situações que não eram esperadas/conhecidas quando a regra foi escrita e a regra pode ser interpretada e aplicada de maneira que não foi a pretendida ou antecipada pelo redator; ii) elas são raramente congruentes com o seu propósito, podendo ser excessivamente inclusivas e subinclusivas²⁵⁸.

Um exemplo que parece se encaixar nesse caso diz respeito à discussão havida por muito tempo no setor de telecomunicações acerca da necessidade de se criarem lojas físicas de atendimento ao usuário. O antigo Plano Geral de Metas de Qualidade, já revogado, aprovado pela Resolução nº 30/1998 da Anatel, afirmava em seu art. 32 que “Toda localidade com serviço telefônico fixo comutado com acessos individuais deverá ser dotada, pela prestadora do serviço, de atendimento público que permita ao usuário efetuar qualquer interação relativa à prestação do serviço”. A Anatel defendia que, por estar esse artigo no capítulo das “Metas de atendimento pessoal”, as operadoras deveriam instalar loja física para atendimento os usuários. Lutando contra o elevado custo que essa interpretação acarretaria, as concessionárias de STFC argumentavam que o artigo falava em “qualquer interação”, permitindo-se a interpretação de que o atendimento por telefone cumpriria a regra de atendimento pessoal. Centenas – se não milhares – de processos administrativos foram decididos pela Anatel em curto espaço somente sobre esse tema e a agência terminou por reafirmar a imperiosa necessidade das lojas, até posterior modificação da resolução.

Por outro lado, princípios são criticados por reduzirem a certeza, criando um regime regulatório imprevisível no qual os reguladores podem atuar

²⁵⁷ Op. cit., p. 10.

²⁵⁸ Op. cit., p. 11.

retrospectivamente, por permitir que as empresas "retrocedam" no nível de qualidade e escapem das sanções com o nível mínimo de qualidade e, portanto, por fornecer proteção inadequada aos usuários²⁵⁹.

A adoção de uma regulação em molde mais principiológico não significa, contudo, uma desregulação pura e simples, mas um reenquadramento da relação regulatória de uma relação de direção e controle para uma baseada na responsabilidade, mutualidade e confiança²⁶⁰.

3.3.1 Vantagens e desvantagens de cada uma

Uma regulação baseada em princípios possui vários benefícios. Um deles é a simplicidade, que é particularmente um desafio para entidades novas e entrantes, ao passo que a complexidade pode vir em benefício de grandes operadoras estabelecidas há muito tempo e que têm profunda familiaridade com o estabelecimento de programas de conformidade eficazes²⁶¹. Outro benefício é a flexibilidade, pois regras muito específicas podem rapidamente se tornar obsoletas, ao passo que uma abordagem baseada em princípios pode evoluir com o tempo, conforme os mercados e os comportamentos mudam²⁶².

Os princípios também tendem a promover maior inovação, pois deixam ao livre-arbítrio das empresas a melhor forma de cumprir a regulação, tendendo a reduzir custos de *compliance*, que são particularmente sentidos por novos participantes do mercado²⁶³. A abordagem regulatória por princípios também desencoraja o comportamento de se aproveitar das lacunas das regras mais prescritivas quando geralmente se cumpre a letra fria da lei, mas evade-se seu espírito²⁶⁴.

²⁵⁹ Op. cit., p. 5.

²⁶⁰ Julia Black. **Forms and paradoxes of principles based regulation**. Capital Markets Law Journal, v. 3, nº 4, 2008, p. 438.

²⁶¹ Heath P. Tarbert. **Rules for principles and principles for rules: tools for crafting sound financial regulation**. Harvard Business Law Review, v. 10, 2019-2020, p. 7.

²⁶² Op. cit., p. 8.

²⁶³ Op. cit., p. 8.

²⁶⁴ Op. cit., p.

Por fim, a regulação baseada em princípios pode ajudar a promover o diálogo entre os reguladores e as empresas reguladas. Isso pode criar uma abordagem mais colaborativa para a regulação, ajudando especialmente as empresas que têm boas intenções e até mesmo o regulador, que termina tendo um feedback prático daqueles que trabalham para cumprir o regime regulatório²⁶⁵.

Obviamente, a regulação baseada em regras tem também suas vantagens. De fato, ela pode fornecer maior clareza ao regulado, dando-lhe um padrão mais claro de comportamento. Isso pode tornar a abordagem baseada em regras mais fácil de ser aplicada de forma consistente, o que é um valor considerável dentro de qualquer sistema regulatório²⁶⁶. A regulação baseada em regras também pode evitar a criação de situações em que os reguladores agem retrospectivamente, isto é, tratam a conduta passada como ilegal quando não era claramente reputada como ilegal na época²⁶⁷.

O dilema é: quando aplicar uma forma de regulação ou outra? Heath Tabert apresenta alguns fatores que podem ser levados em consideração.

Devem-se analisar, em primeiro lugar, os objetivos e necessidades regulatórios. Assim, por exemplo, a necessidade de respostas regulatórias rápidas pode ditar uma preferência por princípios em detrimento de regras, uma vez que, normalmente, é mais fácil promulgar princípios de alto nível do que regras, que requerem tempo e recursos significativos para serem criadas²⁶⁸.

O nível de envolvimento dos regulados e reguladores no processo também tem de ser levado em consideração. Uma premissa da regulação baseada em princípios é a ideia de que, em certos casos, as empresas e sua administração estão mais bem posicionadas do que os reguladores para determinar quais processos são mais desejáveis em seus negócios para atingir um determinado objetivo regulatório²⁶⁹. Se isso não for verdade, pode não ser conveniente a adoção da regulação baseada em princípios.

²⁶⁵ Op. cit., p. 9.

²⁶⁶ Op. cit., p. 9.

²⁶⁷ Op. cit., pp. 9-10.

²⁶⁸ Op. cit., p. 12.

²⁶⁹ Op. cit., p. 12.

Deve-se verificar, também, se existem várias maneiras de alcançar o resultado pretendido: quando há apenas uma maneira de cumprir um requisito, geralmente é preferível uma abordagem baseada em regras²⁷⁰.

Outro critério a ser avaliado é o da necessidade de atualização das normas que regem o comportamento das empresas. A regulação baseada em princípios aumenta a capacidade de resposta da regulação à inovação no mercado. Isso tem o efeito de aumentar a durabilidade dos princípios e reduzir a necessidade de alterações constantes, o que pode ajudar requisitos regulamentares “à prova de futuro”²⁷¹. Nesse tocante é preciso considerar se se trata de setor submetido a mudança tecnológica rápida²⁷².

A maturidade do mercado também deve ser considerada, tendo em vista que a prescrição de regras detalhadas, na incipiência do mercado, pode retardar o desenvolvimento de soluções inovadoras, ao passo que uma abordagem baseada em princípios pode levar ao desenvolvimento do mercado ao mesmo tempo em que retém a supervisão regulatória. Com o tempo, os princípios podem-se desenvolver em regras conforme a dinâmica do mercado justifica²⁷³.

Outro fator a ser considerado é a natureza da relação regulatória, em especial se existe um alto nível de confiança e interação frequente entre o regulador e a entidade regulada. Isso porque uma regulação baseada em princípios requer uma colaboração estreita entre os reguladores e as partes reguladas no que diz respeito às suas relações de supervisão.

3.4 Variáveis problemáticas a ser consideradas em cada caso

A regulação baseada em princípios se encaixa bem com as estratégias regulatórias “inteligentes” ou de “nova governança” associadas à análise descentralizada. A regulação baseada em princípios tende a funcionar melhor quando a entidade regulada se observa e fiscaliza a si própria e possui senso de

²⁷⁰ Op. cit., p. 12.

²⁷¹ Op. cit., p. 13.

²⁷² Op. cit., pp. 13-14.

²⁷³ Op. cit., p. 14.

responsabilidade, que é uma característica central – ou mesmo uma premissa - das estratégias de governança. Não há divisão rígida de responsabilidade pela elaboração de normas entre atores públicos e privados, já que terceiros são incluídos no relacionamento regulador-regulado, como associações comerciais, auxiliando regulador e regulado²⁷⁴.

Nessa forma de regulação, os reguladores se concentram não no cumprimento de padrões detalhados, mas no fato de os sistemas e processos internos da empresa entregarem, ou não, os resultados que o regulador busca: princípios impõem resultados a ser alcançados, não processos detalhados para alcançá-los, permitindo assim espaço para a elaboração e customização local, operacional²⁷⁵.

É preciso reconhecer, no entanto, que a regulação baseada em princípios contém certos paradoxos ou elementos contraditórios. A presença desses paradoxos não sugere, necessariamente, que a regulação baseada em princípios não deve ser tentada, mas serve para ilustrar a sua complexidade²⁷⁶.

Os princípios, apesar de formalmente caracterizados por termos gerais e imprecisos, podem receber uma interpretação bem específica²⁷⁷. Assim, para ficar em um claro exemplo, do princípio da dignidade humana já se leu a necessidade de banhos quentes para presidiários²⁷⁸. Ademais, a própria abertura semântica deles pode terminar criando o que Julia Black (2008, p. 447), chama de “paradoxo comunicativo”, situação na qual pode ocorrer uma proliferação de orientações, confundindo o regulado.

Ademais, os princípios, que serviriam para fornecer flexibilidade para os regulados a respeito de como eles podem alcançar o resultado, podem terminar gerando certa paralisia, porquanto a incerteza quanto à interpretação dos princípios que os reguladores irão adotar pode resultar na adoção de um comportamento conservador pelas empresas, como se estivessem sujeitas a regras detalhadas²⁷⁹.

²⁷⁴ Julia Black. **Forms and paradoxes of principles based regulation.** Capital Markets Law Journal, v. 3, nº 4, 2008, p. 432.

²⁷⁵ Op. cit., p. 432.

²⁷⁶ Op. cit., p. 446.

²⁷⁷ Op. cit., p. 445.

²⁷⁸ REsp nº 1537530 / SP

²⁷⁹ Op. cit., p. 449.

Por fim, deve-se observar que os princípios, para possuírem credibilidade, devem ser efetivamente postos em prática pelo regulador e pelas empresas. Se a fiscalização regulatória, contudo – tanto pelo regulador estatal quanto por terceiros privados –, estiver na extremidade dura e punitiva do espectro – o que pode facilmente ocorrer, para compensar crítica políticas e sociais de que se está diante de um regime regulatório fraco –, a regulação baseada em princípio fracassará à medida que as empresas buscarem o conforto de regras detalhadas. Dessarte, a maneira como é exercida a fiscalização e avaliada a conformidade é também fundamental para ditar os rumos da regulação baseada em princípios²⁸⁰.

3.4.1 Breve excursão sobre o papel da incerteza na regulação

Costuma-se, em geral, associar a certeza com a prescrição de regras e a incerteza com a adoção de princípios e padrões. Assim, não é incomum críticas que deploram o regime regulatório menos prescritivo, justamente porque traz mais incertezas para o mercado como um todo e, pelo reverso da moeda, encômios ao modelo comando e controle pela previsibilidade que seria apanágio das regras. Ademais, a incerteza estaria atrelada a uma menor segurança jurídica.

Contudo, se um determinado requisito está mais próximo de uma regra ou de um princípio, depende em parte de sua estrutura linguística e em parte da jurisprudência que passou a ser associada ao requisito. Assim é que a Primeira Emenda à Constituição dos EUA é redigida de uma maneira altamente prescritiva – estabelecendo que “o Congresso não fará nenhuma lei” que restrinja a liberdade de expressão – e, no entanto, a jurisprudência que a interpreta tende a equilibrar a Primeira Emenda com outros valores constitucionais, isso de forma que pode variar com o tempo²⁸¹.

Há limites sobre quanto a certeza pode ser aumentada passando de padrões (que são mais principiológicos) para regras, ou de requisitos legais simples para

²⁸⁰ Op. cit., p 450.

²⁸¹ MUCHMORE, Adam I. **Uncertainty, complexity, and regulatory design**. Houston Law Review, v. 53, nº 5, 2016, Penn State Law Research Paper nº 17-2016, p. 1333. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2799075>

complexos. A interação entre segurança jurídica e complexidade jurídica limita quanto de segurança jurídica pode ser alcançada.

Ademais, as incertezas jurídicas têm um papel a desempenhar no design regulatório de qualquer setor. A primeira constatação é de que bolsões de incerteza são desejáveis em muitos, e talvez na maioria, dos sistemas regulatórios. Assim é que, por exemplo, requisitos que definem um limite preciso de comportamento socialmente indesejável podem encorajar os atores a chegar o mais perto possível desse limite. Um exemplo ajuda a entender: se uma agência reguladora de telecomunicações fixa um limite mínimo de completamento de chamada em 95%, isso pode encorajar algumas empresas a não cumprir o requisito em 5%.

Diante desse cenário, os envolvidos na regulação devem procurar não a eliminação total – e quimérica – da incerteza, mas sim determinar quais aspectos do sistema regulatório devem ser regidos por requisitos legais certos e quais aspectos devem ser regidos por requisitos incertos²⁸².

Ademais, o autor afirma que os argumentos para a certeza jurídica raramente são distributivamente neutros e costumam ser uma fachada para o que são argumentos fundamentalmente distributivos. Isso ocorre porque o *lobby* para a segurança jurídica não é isento de custos, e em situações com benefícios relacionados à certeza amplamente dispersos – ou seja, com ganho variado entre os atores do mercado –, o indivíduo ou entidade que incorre nos custos do *lobby* não quer capturar apenas uma pequena parte dos benefícios. Pelo contrário, uma entidade que investe recursos para mudar uma norma deve, muito provavelmente, estruturar o requisito legal proposto de tal forma que tenha pelo menos benefícios distributivos suficientes para cobrir os custos de *lobby* relacionados²⁸³.

3.4.2 Retomando pontos fortes e fracos de comando e controle

²⁸² Op. cit., p. 1360.

²⁸³ Op. cit., p. 1363.

Apesar das críticas que tem sofrido, a regulação comando e controle tem pontos fortes claros, sendo um deles, e dos principais, como visto inclusive no tópico anterior, a sua confiabilidade (desde que haja monitoramento e aplicação de sanções adequados). Confiabilidade, no caso, quer dizer que o comportamento esperado dos regulados pode ser especificado com considerável clareza (por exemplo, por meio do fornecimento de padrões mínimos nacionais), tornando relativamente simples identificar violações do padrão legal e fazer cumprir a lei. Isso fornece aos reguladores parâmetros operacionais definidos e, por sua vez, as próprias empresas têm uma compreensão mais clara de suas obrigações regulatórias²⁸⁴.

Outros benefícios que podem ser enumerados consistem em: (i) redução, para o regulador, dos custos de coleta e avaliação de informações; (ii) maior previsibilidade dos resultados esperados; e (iii) oportunidades reduzidas de manipulações em resposta a pressões políticas ou burocráticas²⁸⁵.

A regulação comando e controle pode até ter certo grau de êxito em algumas circunstâncias. Os padrões claros e precisos que ela pretende impor podem ser mais bem aplicados em relação a empresas que são prontamente identificáveis e acessíveis. Assim, os reguladores terão mais sucesso quando lidarem com empresas maiores, que são mais fáceis de identificar e fiscalizar, do que com uma infinidade de empresas menores. Da mesma forma, as empresas que têm expertise interna e estão preocupadas com sua imagem corporativa também são alvos mais adequados para uma regulação comando e controle e são mais propensas a adotar uma abordagem cooperativa para conformidade regulatória²⁸⁶.

Em muitos setores regulados, essa não é a realidade universal. No caso das telecomunicações, por exemplo, há, hoje, muitos pequenos provedores espalhados pelo Brasil, sendo intrinsecamente mais difícil lhes controlar as atividades.

Toda essa discussão sobre os pontos fortes da regulação comando e controle revela, inadvertidamente, suas fraquezas correspondentes (pelo menos em suas

²⁸⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998 **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 41.

²⁸⁵ Op. cit., p. 41.

²⁸⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 42-43.

formas tradicionais). Fica claro, em primeiro lugar, que ela não é tão eficaz para controlar as empresas menores²⁸⁷; a par disso, para que a regulação comando e controle funcione é preciso que os reguladores tenham um conhecimento abrangente e preciso do funcionamento e da capacidade da indústria²⁸⁸.

Além do inevitável gasto de recursos públicos que isso inevitavelmente acarreta, há um claro desequilíbrio de conhecimento entre os reguladores e a indústria. Para a teoria da *smart regulation*, mesmo supondo que os reguladores acertem, eles só podem fornecer soluções transitórias ou parciais à medida que os usuários, a tecnologia e a atividade econômica mudam, crescem e, de fato, surgem novos problemas a serem enfrentados²⁸⁹.

Embora, certamente, não seja exclusivo ou inerente à regulação comando e controle, o uso de padrões uniformes atrai críticas porque as empresas e as indústrias invariavelmente diferem no custo de sua implementação. Um problema adicional, pelo menos de algumas formas de comando e controle, é a ausência de incentivos para as empresas irem além dos padrões mínimos exigidos na regulamentação. O resultado é que a responsabilidade recai sempre sobre as agências em aplicar padrões cada vez mais rígidos, um processo político às vezes difícil, que pressupõe que elas tenham conhecimento detalhado dos padrões mais adequados para os diferentes setores. A incapacidade de estimular as empresas a irem “além da conformidade”, por meio de um processo de melhoria contínua e mudança cultural, é uma das mais graves falhas de comando e controle em suas formas tradicionais, mas é geralmente desconsiderada por seus apoiadores²⁹⁰.

Outra crítica à regulação comando e controle refere-se ao custo e à dificuldade de fiscalização. Isso é crítico, pois pode impactar negativamente sua confiabilidade, que é justamente seu ponto forte. Embora algumas autoridades possam estar comprometidas com a fiscalização, a maioria dos reguladores, mesmo os bem intencionados, não tem recursos suficientes para monitorar a conformidade

²⁸⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 44.

²⁸⁸ Op cit., p. 44

²⁸⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 44.

²⁹⁰ Op. cit., p. 44.

adequadamente. Assim, a regulação comando e controle pode terminar não representando uma ameaça dissuasiva credível, na prática.

Em outras palavras, o regulador não carrega um *big stick* real – ainda que o faça teoricamente. Mesmo quando tal ameaça é credível, no entanto, a aplicação de instrumentos tradicionais de fiscalização corre o risco de provocar desafio e resistência por parte dos regulados²⁹¹.

A resistência ao que é percebido como “a mão pesada” da regulação pode, inclusive, ser uma resposta racional quando as empresas enxergam que ela impede a eficiência e a competitividade²⁹².

A regulação comando e controle também é vulnerável à manipulação política – paradoxalmente, essa é a crítica que se faz a um modelo mais flexível de regulação. Há possibilidade de que determinado aspecto da política regulatória seja “sequestrado” para servir aos interesses de indivíduos ou grupos com peso político em detrimento de uma boa política regulatória para a população. Ao se estabelecerem rígidos padrões de qualidade, por exemplo, termina-se premiando os maiores atores em detrimento dos menores ou dos entrantes²⁹³.

3.4.3 A visão de Cass Sunstein sobre a regulação comando e controle

Cass Sunstein, de um modo geral, tem uma visão relativamente otimista da regulação. Para ele, o fato é que a regulação, tomada em seu conjunto, apresentou alguns resultados inegáveis: protegeu espécies ameaçadas, ajudou a limpar o ar e a água e salvou muitos milhares de pessoas em acidentes de trânsito, por exemplo. É fato que também houve falhas, mas a análise das falhas da regulação comando e controle deve servir de guia para os reguladores no futuro, apontando novas direções – não em direção a uma dependência exclusiva dos mercados privados ou ao entusiasmo pelo *laissez-faire*, mas sim direcionando a estratégias que incorporarão

²⁹¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. UK: Oxford University Press, p. 45.

²⁹² Op. cit., p. 45.

²⁹³ Op. cit., p. 46.

uma compreensão da necessidade de se valer também das forças de mercado, minimizando efeitos colaterais indesejáveis e reduzindo custos regulatórios²⁹⁴.

Na sua visão, as falhas da regulação comando e controle podem ser vistas nos seguintes casos: ela impõe custos enormemente altos para benefícios especulativos; há setores com regulação em excesso e outros com menos do que deveriam ter; em muitas áreas, a questão não é se o nível de regulação governamental é apropriado, mas se o governo escolheu as estratégias adequadas para cumprir seus objetivos²⁹⁵; há grande centralização da política nas burocracias estatais, diminuindo as perspectivas de tomada de decisões locais no setor privado²⁹⁶.

Quais as fontes do fracasso? Para Cass Sunstein, vários fatores são relevantes aqui, tais como: a incapacidade do governo de coordenar diferentes programas que cobrem aspectos relacionados do mesmo problema; a dificuldade de entender que os programas regulatórios envolvem compensações complexas entre objetivos sociais concorrentes; falha por parte das agências reguladoras em lidar com a obsolescência regulatória ao longo do tempo²⁹⁷. Outro problema, bem refletido nas estratégias de adoção da melhor tecnologia disponível – *best available technologies* (BAT) –, é a criação do que podemos chamar de paradoxos do estado regulatório. Em suas palavras:

Esses paradoxos ocorrem quando os programas se revelam autodestrutivos, no sentido de que trazem resultados precisamente opostos aos pretendidos. Conforme observado, a regulação que exige a melhor tecnologia disponível, na verdade, desestimula o desenvolvimento tecnológico. Ao impor exigências caras às empresas que desenvolvem melhores equipamentos de controle da poluição, as estratégias da BAT sufocam ações que poderiam levar a enormes ganhos na limpeza do meio ambiente (SUNSTEIN, 1991, pp. 627-628).

Ironicamente, estratégias baseadas em BAT demandam controles rigorosos, que podem produzir sub-regulação, isso porque a ameaça de requisitos regulamentares draconianos dá às indústrias incentivos poderosos para lutar contra a

²⁹⁴ Sunstein Cass R. **Administrative substance**. Duke Law Journal 607-646 (1991), p. 610. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol40/iss3/2>. Acesso em 19/3/2021.

²⁹⁵ Op. cit., p. 626.

²⁹⁶ Op. cit., p. 626.

²⁹⁷ Op. cit., p. 627.

regulação sempre que possível e dá às agências um incentivo poderoso para não promulgá-las ou aplicá-las²⁹⁸.

Uma das lições mais gerais que Cass Sunstein apregoa quanto ao resultado da regulação é o de que um exame do desempenho regulatório demonstra que os reguladores devem prestar atenção aos efeitos dos incentivos regulatórios de suas políticas e regulamentação. As falhas de muitas estratégias existentes foram respostas perfeitamente previsíveis aos incentivos muitas vezes contraintuitivos criados por essas estratégias, como no caso da imposição de BATs²⁹⁹.

Os sistemas baseados em incentivos devem focar os fins em vez dos meios de atingir esses fins. Meios (e tecnologias) devem ser deixados para o mercado, não para os gestores públicos³⁰⁰. Um primeiro passo geral seria adotar uma forte presunção em favor de estratégias regulatórias flexíveis, orientadas para o mercado e baseadas em incentivos. Tal abordagem tornaria mais provável que a regulação aumentasse em eficiência, promovesse seus próprios propósitos e – ao concentrar a atenção do público nas questões certas – também promovesse objetivos democráticos³⁰¹.

3.4.4 A ligação entre a regulação comando e controle e as expropriações regulatórias

A regulação comando e controle pode levar a uma crescente complexidade administrativa e a uma proliferação de regras, regulamentos, instruções e mesmo de leis³⁰². Novos participantes em uma indústria podem ser desencorajados por longos procedimentos regulatórios e de aprovação legal dos associados com comando e controle³⁰³.

²⁹⁸ Op. cit., p. 630.

²⁹⁹ Op. cit., p. 628.

³⁰⁰ Op. cit., p. 633.

³⁰¹ Op. cit., p. 645.

³⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Regulação e concorrência no acesso a áreas e no compartilhamento de instalações em aeroportos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, nº 50, pp. 89-98, abr/jun 2015.

³⁰³ Segundo Carlos Sundfeld e Jacintho Câmara, sói correr em contratos de concessão que novos encargos sejam impostos posteriormente à assinatura dos contratos, sob a justificativa de atualidade na prestação do serviço, o que parece ser ilegítimo. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, nº 61, pp. 41-54, jan/mar 2018.

O conhecido movimento de “reinvenção do governo” da década de 1990, nos Estados Unidos, que ganhou grande repercussão em 1992, com a publicação do best-seller *Reinventing government* de David Osborne e Ted Gaebler, traz algumas ponderações interessantes sobre a relação entre controle e qualidade do serviço prestado pelo Estado. Os autores propugnavam, em síntese,

(...) um movimento de desregulação interna das agências governamentais – reduzindo as regras (“burocracia”) com as quais os funcionários devem lutar. O impulso de controlar está embutido em praticamente todos os conjuntos de regras pelas quais o governo opera: o sistema orçamentário, o sistema de pessoal, o sistema de compras e até mesmo o sistema de contabilidade. Cada regra foi originalmente estabelecida com a melhor das intenções. Mas o efeito cumulativo é um impasse. O preço que pagamos é impressionante. O governo dirigido por regras pode prevenir alguma corrupção, mas a um preço de desperdício monumental (FRANK, 1998, p. 6).

Um dos grandes problemas é que há, historicamente, e até mesmo pela qualidade dos serviços prestados, uma baixa confiança dos cidadãos nos governos. Isso termina por encorajar abordagens administrativas baseadas em regras, investigações, auditorias, requisitos processuais e controle. Termina-se caindo em um círculo vicioso, uma cadeia de causas e consequências que se retroalimenta: a ausência de confiança no governo termina por aumentar o controle exercido sobre os agentes públicos. Quanto maior o nível de controle, maior a burocracia e menor o incentivo para resultado. E quanto menos resultados, menor o nível de confiança da população, que leva a um novo aumento de controle e de regras.

No Brasil, o controle conheceu paulatino aumento desde a CF 88, em especial com o aumento de poder dos tribunais de contas. Com a Lei nº 8666/93, formalizou-se que qualquer pessoa poderia apresentar a eles questionamento relativos a fraudes em licitações. Esse meio passou a ser utilizado com cada vez mais intensidade pela população, aumentando exponencialmente o número de representações e fiscalizações.

Outro evento que criou novas demandas externas sobre o TCU foi a CPI das obras inacabadas do governo federal, realizada entre 1995 e 1996, com o objetivo de verificar as causas da existência de obras paralisadas. O escândalo do desvio de recursos na construção do TRT de São Paulo, em 1997, fortaleceu esse processo de

envio de informações para o Congresso e levou o TCU a dedicar-se mais intensamente à fiscalização dessas obras³⁰⁴.

Por fim, mais um tipo de demanda pressionou o TCU, bem como os demais tribunais de contas do país. Trata-se daquela referente à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000 – LRF) que atribuiu a todos os TCs uma nova competência: a de fiscalizar, por meio da realização de pareceres, os limites de gastos do poder Executivo³⁰⁵.

3.4.5. Necessidade de diálogo entre controladores e controlados

O controle não deve ser um fim em si mesmo, mas precisa ter como objetivo primordial a melhoria da gestão pública como um todo, este é o fim que deve estar presente o tempo inteiro quando de sua realização. Em pesquisa empírica sobre os efeitos do controle nas ações do controlado, restou patente a necessidade de superar a “cultura de corregedoria” que, na avaliação dos controlados, ainda prevalece durante o trabalho dos auditores: “Apesar dos avanços e mudanças em direção a uma postura mais pedagógica por parte dos órgãos controladores, a postura punitiva ainda prevalece, na visão dos gestores”³⁰⁶.

Em outras palavras, há uma percepção de que os auditores dos tribunais de contas agem como algozes em busca de situações que podem promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico, na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar³⁰⁷.

Não se pode falar da figura do controlador sem tratar do seu próprio controle e o efeito cascata e inibidor que se cria com o acréscimo de uma camada de controle a

³⁰⁴ Série **Pensando o Direito**, v. 33, 2011. Coordenação do Sistema de Controle da Administração Pública Federal, p. 51.

³⁰⁵ Op. cit., p. 52.

³⁰⁶ Op. cit., pp. 69-70.

³⁰⁷ Op. cit., p. 70.

cada passo da gestão pública. Evoca-se, enfim, a figura do guardião do guardião, o que levaria a uma regressão infinita de guardiões³⁰⁸.

Não necessariamente. Isso porque, embora talvez menos importante, a implementação de determinada política ou regulamentação pode depender de fatores puramente físicos ou mecânicos que não requerem tutores humanos (dispositivos em estacionamentos que cortam os pneus de quem usa saídas não autorizadas). Em segundo lugar, e mais importante, pode haver controladores (individuais ou coletivos) que simpatizam com as regras e cujos padrões éticos excluem o comportamento corrupto. Essas pessoas ou grupos podem ter a capacidade (por meio de poder, ativos financeiros, carisma pessoal ou status combinado com o respeito da população), bem como a inclinação, para desencorajar o comportamento impróprio do controlado de nível inferior. Nesse caso, a regra tem chance de ser aplicada com sucesso³⁰⁹.

Ainda que não houvesse pessoal assim imediatamente disponível, poder-se-ia pensar que, se alguém detém um cargo eletivo, os eleitores podem terminar funcionando como supervisores³¹⁰. Assim,

(...) não há regressão infinita onde o eleitorado, direta ou indiretamente, pode fazer a diferença... O próximo funcionário recém-eleito, por interesse próprio racional, pode abster-se de práticas corruptas, visto que o povo demonstrou sua disposição de destituí-lo do cargo com base em tais práticas. Isso não requer uma regressão infinita de guardiães desonestos, apenas um público desperto, exibindo interesse próprio racional (HURWICZ, 2007, p. 288).

Como será visto no capítulo seguinte é possível extrapolar o raciocínio acima e desenvolver uma espécie de “tripartismo contestável”, conceito que será desenvolvido oportunamente.

De toda forma, e por tudo quanto exposto, aqui se defende, ainda que possa parecer contraintuitivo, que “o controle punitivo estatal deve ser mais autocontido”. O controle exacerbado, de fato, não só não impediu muito da corrupção que ainda grassa no país, mas limitou o campo de atuação dos bons gestores, retirando seus

³⁰⁸ HURWICZ, Leonid. **But who will guard the guardians?** 2007, p. 286. Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2007/hurwicz/lecture/>. Acesso em 19/3/2021.

³⁰⁹ Op. cit., p. 287.

³¹⁰ Op. cit., p. 288.

incentivos para uma atuação produtiva e criativa, gerando ineficiência da atividade estatal. Isso requer uma revisão tanto na forma como na intensidade do controle da administração pública a fim de permitir um maior espaço de liberdade para a atuação do administrador público para fins de promoção da eficiência³¹¹.

Obviamente, o controle é, sim, necessário; o que se critica aqui é a sua “rigidez irreduzível”, muito devida às recorrentes notícias de malversação dos recursos públicos³¹². Isso gerou uma ampliação do poder de controle, com criação de órgãos e autoatribuição de competências revisoras de decisões das agências reguladoras. Tome-se, como exemplo, a recente investigação da aquisição da Refinaria de Pasadena, no Texas, pela Petrobras. Segundo Priscilla Campana,

A compra foi objeto de investigação pelo Tribunal de Contas da União, pela então Controladoria-Geral da União, pelo Ministério Público Federal, do Rio de Janeiro e de Curitiba, pela Comissão de Valores Mobiliários, e pela própria estatal. Numa análise dos relatórios disponíveis, observa-se que, em geral, as conclusões dos trabalhos são as mesmas, havendo pequenas divergências apenas em relação a um enfoque ou outro. Não há, portanto, como se mostrar efetiva uma estratégia de controle fundada na presença de múltiplos atores, agindo de forma independente e controlando, retrospectivamente – e sem qualquer divisão de tarefas –, os mesmos fatos, principalmente quando de elevada relevância (CAMPANA, 2017, p. 195).

Ademais, parece que um dos objetivos do controle se tornou a punição dos agentes públicos e isso “(...) sem a devida consideração da gravidade dos fatos apurados ou da intenção do agente na prática do ato praticado. Simples irregularidades formais são, muitas vezes, punidas com o mesmo rigor aplicável aos atos em que efetivamente há malversação administrativa, não havendo proporcionalidade entre a conduta do agente e a penalidade imposta”³¹³.

Como exemplo dessa “obsessão pela punição”, Priscilla Campana (2017, p. 197) enumera as seguintes atitudes do controlador: (i) interpretações rígidas e inflexíveis; (ii) enquadramento desmesurado dos atos do controlado como

³¹¹ CAMPANA, P. de S. P. **A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle**. Revista de Direito, [S. l.], v. 9, nº 01, pp. 189-216, 2017, p. 190. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107>. Acesso em 19/3/2021.

³¹² Op. cit., p. 194.

³¹³ Op. cit., p. 196.

improbidade administrativa; e (iii) aplicação de medidas constritivas, entre as quais indisponibilidade patrimonial, com base em indícios fracos.

No âmbito do controle, predomina o modelo burocrático da administração pública, privilegiando-se o

(...) procedimento, a hierarquia funcional rígida e o formalismo, sendo caracterizado por uma estrita vinculação da atuação dos agentes públicos à norma administrativa de acordo com a dicotomia “dever *versus* sanção”. Por consequência, o controle burocrático caracteriza-se pela aferição da regularidade da atuação do agente público por meio da mera verificação da conformação de sua conduta ao disposto na lei. Para esse tipo de controle, mostra-se eficiente a atuação administrativa que segue, exatamente, o disposto nos atos normativos aplicáveis, independentemente dos resultados atingidos (CAMPANA, 2017, p. 202).

O atual modelo de controle, como dito, não inibe só (parte da) corrupção, mas também o espírito inovador do bom administrador, de forma que a tomada de decisões sob sua alçada passou a estampar uma marca característica: a do medo. De fato, segundo Campana (2017, p. 208), “Tomar decisões no cotidiano da administração, mesmo aquelas mais rotineiras, passou a atrair riscos de toda ordem ao gestor público que, num instinto de autoproteção, acaba restringindo sua atuação à sua zona de conforto”.

Esse clima de receio, de medo, gera uma resposta típica dos gestores públicos: o “não”. Por que se esforçar para procurar as soluções mais condizentes com o interesse público se corre-se o risco de ser punido? É melhor, então, atuar como mero “executor/reprodutor da descrição literal dos atos normativos: qualquer situação não prevista nos atos normativos não receberá a guarida da atuação administrativa estatal”³¹⁴.

3.4.6. Um caso concreto de receio do regulador

A empresa CLARO S.A. apresentou requerimento para desvincular satélites e *transponders* da lista de bens reversíveis da concessão de serviço telefônico fixo

³¹⁴ Op. cit., p. 209.

comutado. Em sua análise inicial, a área técnica recomendou que, mesmo desvinculados como reversíveis quando da sua alienação, os valores apurados deveriam ser depositados em conta vinculada para aplicação na concessão.

A empresa ofereceu recurso administrativo afirmando que a recente alteração na Lei Geral de Telecomunicações, promovida pela Lei nº 13.789/2019, corroboraria a sua posição. A área técnica se negou a rever sua posição citando que não se retrataria por “(...) uma ação conservadora, de cautela e prudência (...)” em razão entendimento externado no voto condutor do Acórdão nº 2142/2019-TCU-Plenário, que alertava a agência para possibilidade de “responsabilização da autoridade pública frente à divergência de ação quanto ao entendimento do TCU”.

Ou seja, em função do recurso apresentado pela Claro, a justificativa da área técnica para não rever sua posição inicial foi o risco de que, caso fosse confirmado o entendimento do TCU (bens oriundos da privatização e adquiridos durante a concessão, independentemente de terem sido desvinculados da concessão ou não, em sendo alienados o valor deve ser reaplicado na concessão), poderia haver “consequências (pessoais, inclusive) decorrentes da decisão adotada.” Tal risco de consequências pessoais foi apontado também pela Procuradoria Federal atuante junto à Anatel, ainda que a procuradoria discordasse da interpretação do TCU sobre o regramento de desvinculação.

Em sua análise do recurso administrativo, o conselheiro Vicente afirmou:

A meu ver, a Área Técnica deveria ter se retratado da determinação de depósito em conta vinculada, em fiel observância das normas vigentes à época da decisão de conhecimento deste Recurso Administrativo. Tal medida, para além de estar condizente com o arcabouço legal e regulamentar, teria evitado a remessa do feito a este Colegiado, privilegiando o princípio da celeridade e economia processual.

Em última análise, o receio de eventual e futura responsabilização não pode servir de impedimento à tomada de decisão pela Agência, cuja atuação deve sempre estar pautada pelo cumprimento de seu papel institucional, em busca do atendimento do interesse público (Análise nº 203/2020/VA. Processo nº 53500.025282/2018-11. Interessado: Claro S.A.).

3.4.7. Retomando o excesso

Retornando ao problema do excesso em si, há situações em que uma norma pode fazer sentido no nível abstrato, mas se tornar irracional quando aplicada no plano concreto em função de certas peculiaridades pessoais, por exemplo. Esse mal tende a ser agravado no contexto da regulação comando e controle, pois ela tende a gerar normas uniformes a todos os participantes do mercado, podendo minar os fundamentos dos mercados e a eficiência econômica³¹⁵.

Nesse sentido, a irracionalidade no nível do local pode ser definida como “o conflito decorrente do choque entre os regulamentos uniformes e a natureza diversificada e especializada dos regulados. Assim, o problema da irracionalidade no nível do local origina-se do próprio cerne da abordagem de tamanho único adotada pelos reguladores como forma de garantir a aplicação legalista dos regulamentos em questão”³¹⁶. Um exemplo que parece notório é o do já citado PGMQ.

Ao fenômeno de produção de regras rígidas e inflexíveis, Thomas McGarity (1992, pp. 1385-1462) chamou de “ossificação da regulação”, que termina por privar a regulação de uma de suas maiores virtudes: a eficiência administrativa.

A cultura da ossificação termina por tornar mais difícil que as agências experimentem regras flexíveis ou temporárias. Essa inflexibilidade é especialmente lamentável no contexto de programas nos quais as agências devem regular as “fronteiras do conhecimento científico”. Novas descobertas científicas podem corroer a base técnica de uma regra que foi promulgada há apenas alguns anos. As novas tecnologias podem disponibilizar novas alternativas que não foram consideradas na época em que a agência examinou as questões pela primeira vez³¹⁷.

Um exemplo bastante claro dessa ossificação pode ser visto no capítulo de comunicação social da CF. O capítulo da comunicação social da Constituição foi construído sobre pressupostos que, largamente, ou desapareceram ou perderam o sentido. As emendas que sofreu foram insuficientes (p. ex., permitindo, até certos limites, sócios pessoas jurídicas e de capital estrangeiro na radiodifusão) ou vagas a

³¹⁵ Başak Arslan. **Regulatory unreasonableness: an administrative law perspective**, Akkaya Papers nº 1, 2018, pp. 1-2.

³¹⁶ Başak Arslan. **Regulatory unreasonableness: an administrative law perspective**, Akkaya Papers nº 1, 2018, p. 2

³¹⁷ Thomas O. McGarity. **Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process**, 41. Duke Law Journal 1385-1462, 1992. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol41/iss6/2>. Acesso em 19/3/2021.

ponto de nunca terem tido aplicação substantiva (responsabilidade editorial, submissão a certos princípios, como no art. 221).

Muitas das disposições que foram elaboradas para proteger o radiodifusor, atualmente, prejudicam-no e tolhem sua capacidade de reagir e sobreviver no mundo da internet. Paradoxalmente, a disposição para garantir alguma proteção contra o capital estrangeiro manietta, agora, a radiodifusão, por falta de outra fonte substantiva de capital. Outras disposições foram elaboradas para limitar os amplos poderes da TV e do rádio na época e subsistem, mas não se aplicam às novas mídias digitais.

3.4.8. Deterioração da regulação pelo controle desviado

Para além da ossificação, Vitor Schirato (2013, p. 3) demonstra que tem havido uma deterioração regulatória pelo excesso de controle, pois que “os órgãos de controle vêm manejando, com frequência, o campo de discricionariedade que é reservado às agências”. Para o mesmo autor, porém, “o correto funcionamento da atividade regulatória pressupõe certa mitigação da incidência e da abrangência do controle exercido sobre a Administração pública”, em razão da mais alargada discricionariedade no âmbito da regulação.

Assim sendo, o autor propõe dois pressupostos fundamentais para o bom funcionamento do controle da regulação nesse tocante: intolerância com a inobservância das regras procedimentais aplicáveis, por um lado, e deferência “às escolhas regulatórias tomadas pelas autoridades reguladoras que passem pelos crivos da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade e que estejam devida e adequadamente fundamentadas”³¹⁸.

E isso porque: i) o controlador não detém o conhecimento técnico e específico do controlado; ii) o controlador não mantém contato direto com o setor regulado como um todo, e sim, muitas vezes, somente com o regulador ou com um regulado; iii) ao fim, porque o controlador não tem qualquer responsividade sobre suas decisões; dito

³¹⁸ Op. cit., p. 12.

de outro modo, o controlador toma a decisão no lugar do regulador mas não possui os mesmos ônus (políticos, argumentativos, sociais, sistêmicos) do que este³¹⁹.

Enfim, verifica-se de uma maneira geral, no âmbito da regulação comando e controles, que:

1. Há uma forte tendência de aumento da regulamentação, com formulação em uma forma específica e detalhada ou como metas inflexíveis. Em geral, há uma tendência estrutural para a regulação aumentar ao longo do tempo, criando crescente rigidez dentro de empresas reguladas e aumentando custos para novas participantes. Esses fatores tendem a reduzir a inovação tanto na descoberta de regras mais eficientes quanto nos processos de produção das empresas;

2. Muitos regulamentos, justamente porque pretendem ser aplicados a uma amplíssima gama de situações, são escritos de forma a ser confusos, vagos ou inconsistentes.

O problema é que se trata de um problema que se retroalimenta. Perquirindo-se a razão da existência de novos regulamentos, aduzem-se três principais: i) surgem novos problemas ou emergem tecnologias e novos regulamentos são necessários para responder a estes desenvolvimentos; ii) muitas regras fracassaram em sua aplicação e reputa-se que novos regulamentos são necessários para preencher as lacunas ou ter uma abordagem diferente; iii) a prática termina mostrando que algumas regras são insuficientemente precisas e novos regulamentos são necessários para permitir implementação e aplicação bem-sucedidas. Tudo isso leva a um ciclo de regras engendrando novas regras e pressão para tornar as regras mais detalhadas e específicas, com os reguladores buscando diligentemente cobrir todas as eventualidades e produzir regras redundantes.

Vistas, portanto, as principais vantagens e desvantagens da regulação comando e controle, e as várias nuances que elas comportam, passa-se à análise da autorregulação, na ótica da teoria da *smart regulation*.

³¹⁹ Op. cit., p. 16. Conferir também: SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito Administrativo Para Céticos. 2ª ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205.

3.5 Autorregulação

Para a teoria da *smart regulation*, a autorregulação é um componente importante, embora frequentemente não reconhecido e pouco utilizado, de muitos regimes regulatórios. Já em 1998, os autores previam que a autorregulação desempenharia um papel ainda mais importante no futuro, seja como uma alternativa ou como um complemento à regulação governamental direta³²⁰.

Isso ocorre por conta dos problemas advindos da regulação comando e controle, especialmente a questão da sobrecarga regulatória (*regulatory overload*), que torna problemático o uso contínuo de regulação prescritiva altamente detalhada e, no geral, contraproducente.

De uma maneira ampla, a autorregulação pode ser entendida como um processo pelo qual um grupo organizado regula o comportamento de seus membros. Mais comumente, envolve uma organização empresarial (em oposição ao governo ou empresas individuais) com estabelecimento de regras e padrões (códigos de prática) relativos à conduta das empresas do setor.

Antes de iniciar-se o tratamento da autorregulação pela teoria da *smart regulation*, não se pode deixar de mencionar a crise financeira de 2008 e seus efeitos para a autorregulação. Essa crise financeira foi engendrada por uma crise imobiliária referente a hipotecas *subprime*, ou seja, empréstimos feitos a pessoas com maior risco de inadimplência, ou que em outra época não poderiam acessar esse tipo de crédito. Ela culminou na falência do tradicional banco Lehman Brothers e, para quanto importa à presente tese, gerou intensos questionamentos sobre a regulação do setor financeiro. Em brevíssima síntese, o que se alega é que a crise só ocorreu porque havia pouca regulação no setor; em outras palavras, alega-se que a crise “trouxe a vitória da produção em detrimento da especulação, da regulação do Estado, em detrimento da autorregulação dos mercados”³²¹.

Julia Black afirma que:

³²⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 50.

³²¹ JARDIM, Maria Chaves. **A Crise Financeira de 2008: Os Discursos e as Estratégias do Governo e dos Fundos de Pensão**. In Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 56, no 4, 2013, pp. 901.

“As reivindicações centrais dos proponentes das novas técnicas de governança para superioridade funcional sobre a regulação comando e controle são que elas são responsivas, flexíveis e, ao inscreverem outros no projeto regulamentar, elas expandem sua capacidade e aumentam sua eficácia e podem até mesmo aumentar sua legitimidade. No entanto, sua experiência na crise revelou que, na prática, elas podem ser distantes ou indulgentes, que podem ser implementados de maneiras que se concentram fortemente em sistemas e processos auditáveis e que, ao inscrever outros, podem aumentar as vulnerabilidades e o potencial para efeitos endógenos negativos”³²².

Contudo, à luz da *smart regulation*, julga-se que a crise de 2008, apesar de servir, indubitavelmente, como um importante alerta para uma boa implementação da teoria, não infirma suas bases.

De fato, é importante constatar, em primeiro lugar, que problemas de implementação sempre existiram e existirão na seara regulatória. Exemplifique-se com um caso concreto.

A regulação do setor de mineração sempre chamou a atenção de destacados estudiosos da regulação da atividade econômica, tanto por conta da antiguidade de sua prática, o que leva à acumulação de vasta experiência de sucessos e falhas no campo teórico e no prático, como também pelo risco claro de vida que correm os mineiros que trabalham centenas de metros abaixo da terra, ressaltando a importância de boas práticas de gestão empresarial e de fiscalização regulatória.

No ano de 1987, Neil Gunningham - o mesmo autor da teoria da *smart regulation*, repise-se - escreveu um artigo denominado “Negotiated Non-Compliance: A Case Study of Regulatory Failure”³²³.

Nesse artigo, o autor teceu diversas críticas ao que considerou práticas regulatórias ineficientes do inspetorado de minas na Austrália. O final da década de 1980 foi marcado por uma onda crescente de estudos regulatórios voltados a uma ampliação da cooperação entre regulado e regulador, a uma relação mais próxima e de confiança entre ambos, menos belicosa e litigiosa. O que Gunningham constatou, contudo, foi que sua aplicação, na prática, estava completamente errada. Segundo, o approach do inspetorado poderia ser classificado, na melhor das hipóteses, como uma

³²² BLACK, Julia. **Paradoxes and Failures**: ‘New Governance’ Techniques and the Financial Crisis. 75 (6) *Modern Law Review*, p. 1047.

³²³ GUNNINGHAM, Neil. **Negotiated non-compliance**: a case study of regulatory failure. 9 *Law & Pol’y*, n. 69, 1987.

retirada completa da atividade de fiscalização, uma atitude passiva e condescendente e que, apesar de atrativa para a agência reguladora e para o regulado, tem trágicas consequências.³²⁴

O inspetorado aplicava um conceito extremado da política de “aconselhar e persuadir” e havia confiança recíproca entre regulador e regulado, o relacionamento entre ambos era muito próximo.

Até que chegou o ano de 1996.

Na região de New South Wales, na Austrália, quatro trabalhadores escavavam uma mina de carvão com base em plantas antigas dos túneis da mina. Eles seguiam exatamente o plano traçado quando bateram em uma parede que guardava uma seção abandonada, bastante antiga e inundada. Isso levou a uma irrupção da água que afogou os quatro trabalhadores.

As investigações posteriores foram devastadoras para o setor de mineração na Austrália. Seus efeitos foram objeto de investigação por parte de Gunningham em 2009, quando analisou detalhadamente, com entrevistas de campo e dados estatísticos, o que terminou ocorrendo³²⁵.

Em segundo lugar, aprofundados estudos sobre o tema, conduzidos após a crise, afirmam que, sem envolver os atores do setor privado no processo regulatório de maneira significativa, quaisquer esforços para conceber um sistema eficaz de regulação e supervisão no mercado de serviços financeiros - cada vez mais global e complexo - muito provavelmente fracassarão. Devido à importância crítica do acesso tempestivo às informações de mercado relevantes, os atores do setor privado estão atualmente em uma posição melhor para gerenciar o risco sistêmico nos mercados financeiros globais do que qualquer regulador governamental. Assim, projetar uma estrutura regulatória mais adequada para aproveitar ao máximo a capacidade da indústria de se autorregular é importante e necessária, embora difícil³²⁶.

³²⁴ GUNNINGHAM, 1987, p. 91.

³²⁵ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the role of trust**: reflections from the mining industry. **36 J.L. & Soc'y**, n. 167, p. 174, 2009.

³²⁶ OMAROVA, Saule T. **Wall Street as Community of Fate**: Toward Financial Industry Self-Regulation, 159 U. Pa. L. Rev. 303 (2011). Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol159/iss2/2. Acesso em 26.7.2021.

Destarte, o que parece ser necessário é buscar uma proporção bem equilibrada de padrões legais e regras voluntárias negociadas; o excesso de regulação é caro, mas uma regulamentação excessivamente branda pode minar a estabilidade econômica³²⁷.

Fincada essa premissa, verifica-se que se admitem várias modalidades de autorregulação, e uma importante categorização é a que a classifica em termos do grau de envolvimento do Estado nela (ver-se-á- adiante que a autorregulação “pura”, sem qualquer forma de intervenção externa, é incomum).

Os autores da teoria da *smart regulation* mencionam três formas de autorregulação. Em primeiro lugar, tem-se a autorregulação totalmente voluntária, que ocorre quando uma indústria ou profissão estabelece códigos de prática, mecanismos de aplicação de sanções e outras ferramentas para se autorregular inteiramente independente do governo. Em segundo lugar, existe a autorregulação obrigatória, com envolvimento direto do Estado, por meio do qual se exige que as empresas estabeleçam controles sobre seu próprio comportamento, mas que deixa os detalhes e a aplicação das sanções para as próprias empresas, com possibilidade de sujeição à aprovação e/ou supervisão do Estado. Finalmente, a autorregulação parcial obrigatória envolve a própria empresa sendo responsável por algumas das regras e sua aplicação, mas em concorrência com especificações regulamentares provindas do Estado³²⁸.

Tais constatações não constituem posição isolada dos autores. Em paralelo com o exposto, Francisco Defanti afirma que

(...) é possível conceituar autorregulação como uma regulação não estatal. Significa dizer que a ausência do Estado (total ou parcial) é fundamental para que o modelo de regulação se configure efetivamente como “autorregulação”, aqui compreendida como uma forma de “governo privado”, expressão utilizada por parte da literatura justamente para designar o fenômeno a partir da ótica da exclusão da ingerência governamental (DEFANTI, 2018, p. 160).

³²⁷ MARCINKOWSKA, Monika. **Regulation and self-regulation in banking**: in search of optimum. *Bank i Kredyt*, National Bank of Poland. Vol 44, 2013, p. 119.

³²⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 51.

É preciso tomar cuidado, contudo, para não ler tal asserção isoladamente, porque a autorregulação pode conviver com a regulação estatal, sendo possível, inclusive, “estabelecer arranjos em que prevaleça a autorregulação, permanecendo a regulação estatal com um papel subsidiário ou supletivo. Também é possível que a regulação estatal atue por meio de mecanismos ou instâncias de autorregulação (e.g. sistemas de certificação de produtos em setores regulados pelo Estado)”³²⁹.

A autorregulação regulada (ou supervisionada) pode ser entendida como um conjunto de arranjos em que a regulação é exercida de forma primordial por agentes privados, havendo, contudo, algum tipo de supervisão ou controle estatal – ainda que variável quanto à forma, momento e intensidade em que se dá. O Estado pode, nesse papel, supervisionar o procedimento de aprovação e aplicação dos normativos das entidades privadas³³⁰. Tal modelo tende a ocorrer quando se busca preservar algum bem público independente (alguma questão de saúde, por exemplo), procurando-se garantir observâncias de determinados direitos fundamentais³³¹.

3.5.1 Pontos fortes e fracos da autorregulação

Em princípio, a autorregulação oferece mais flexibilidade e adaptabilidade às circunstâncias do mercado do que a regulação comando e controle. Normalmente, o estabelecimento de padrões e a identificação de violações a eles são responsabilidade de um órgão de composição plural das empresas, com conhecimento detalhado do setor; isso levará, provavelmente, ao estabelecimento de padrões mais factíveis e a uma fiscalização mais eficaz no que realmente importa. Além disso, a autorregulação pode contemplar padrões éticos de conduta que vão além da letra da lei, gerando uma maior internalização de condutas do que a regulação comando e controle³³².

Foi o que ocorreu recentemente no setor de telecomunicações. Criou-se o Sistema de Autorregulação das Telecomunicações (SART), que

³²⁹ Op. cit., p. 164.

³³⁰ Op. cit., p. 169.

³³¹ Op. cit., p. 169.

³³² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 52.

(...) congrega as operadoras Vivo, Claro/Nextel, Oi, TIM, Algar, Sercomtel e Sky e tem como proposta estabelecer normas e procedimentos comuns, que serão seguidos por todas as empresas participantes, em relação a temas como telemarketing, cobrança, oferta e atendimento ao consumidor, que são os aspectos considerados mais críticos na relação entre prestadoras e clientes, e que historicamente geram o maior volume de reclamações junto à Anatel e Procons. (...) A principal instância executiva do SART será o Conselho de Autorregulação, cujos membros são indicados pelo Conselho de Signatários e que será formado por sete integrantes das operadoras fundadoras, três de novas operadoras que venham a se juntar ao SART e cinco conselheiros independentes. É esta instância que aprova as normativas e que trata dos processos disciplinares (POSSEBON, 2020).

Na prática, porém, não é incomum que a autorregulação falhe em cumprir sua promessa teórica, por atender mais ao interesse empresarial do que ao interesse público propriamente dito. Na verdade, frequentemente, a autorregulação é atacada justamente por ser reputada como uma tentativa cínica de partes interessadas em colocar um verniz de regulação (afastando, assim, de forma mais direta a intervenção governamental potencialmente mais eficaz), ao mesmo tempo em que serve aos interesses privados à custas do público, enganando a sociedade ao tentar passar a imagem de uma indústria interessada no bem comum.

De acordo com os críticos, os padrões estabelecidos no processo de autorregulação geralmente são fracos, a fiscalização é ineficaz e a punição é secreta – ou ao menos muito escondida – e branda. Além disso, a autorregulação, sendo quase antípoda da regulação comando e controle, não tem as virtudes da “visibilidade, credibilidade, responsabilidade” da regulação comando e controle.

Para a teoria da *smart regulation*, contudo, tais generalizações não são determinantes para o uso ou não da autorregulação. Na verdade, suas qualidades positivas ou negativas da autorregulação dependem muito do contexto social e econômico dentro do qual a regulação opera. Tal como acontece com outros instrumentos, a autorregulação funciona melhor em algumas circunstâncias do que em outras.

Obviamente, um cenário no qual a autorregulação funciona melhor é quando há um grau de coincidência entre o interesse próprio da empresa ou indústria individual e o interesse público mais amplo. Por exemplo, os autores citam o caso de que é do interesse tanto do produtor quanto do público em geral que o primeiro adote

nova tecnologia de processamento de alimentos que usa menos matéria-prima e energia e gera menos resíduos. Essas situações são frequentemente chamadas de “ganha-ganha”. A melhoria do desempenho ambiental ocorre naturalmente na busca por um “resultado financeiro” aprimorado³³³.

Os autores sustentam, no entanto, que, quando existe uma lacuna substancial entre o interesse público e o interesse privado de empresas individuais, seria ingênuo confiar que uma empresa individual ou uma associação delas tome medidas voluntariamente no interesse público, a menos, e esse é o *caveat* de relevo, que haja alguma pressão externa para fazê-lo. Essa pressão pode vir de uma variedade de fontes, sendo as mais importantes a ameaça (real ou implícita) de intervenção governamental direta, preocupações mais amplas para manter a credibilidade e legitimidade (ganhando-se, com isso, vantagem comercial) e o próprio mercado. A conclusão deles é, portanto, a de que a probabilidade de a autorregulação funcionar com sucesso variará, necessariamente, conforme a intensidade dessas pressões³³⁴.

Em termos de estrutura de mercado, facilitam o sucesso da autorregulação os seguintes fatores: (i) as empresas estão cientes do comportamento umas das outras e podem detectar o não cumprimento de determinadas regras ou diretivas autoimpostas; (ii) quando a autorregulação ocorre em setores que têm um histórico de ação cooperativa eficaz (por exemplo, uma associação existente) e meios de punir comportamentos não conformes; e (iii) quando ela surge em setores nos quais os consumidores têm condição de identificar a conduta das empresas³³⁵.

3.6 Corregulação

De toda forma, a autorregulação tem maior chance de sucesso quando ativada ou estimulada por fatores/instituições externos. O Estado pode envolver-se diretamente no processo de autorregulação, negociando em conjunto metas e estratégias e fornecendo, se necessário for, verificação externa ou ratificação. Em tais

³³³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 53.

³³⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 54.

³³⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 54.

casos, a autorregulação pode ser mais apropriadamente denominada correção – como visto brevemente anteriormente. Um de seus benefícios é o de que, participando da formulação da regulamentação, torna-se mais provável que as empresas participantes estarão mais comprometidas a cumpri-las.

Os autores colacionam que há evidências consideráveis, em uma variedade de jurisdições, de que é em grande parte o medo da regulamentação governamental que impulsiona a grande maioria de programas de autorregulação. Parece improvável, por outro lado, que tivessem um bom desempenho na ausência de supervisão governamental contínua e da ameaça de intervenção direta no caso de falha de autorregulação³³⁶.

Além disso, terceiros também podem contribuir para a autorregulação, especialmente na fiscalização. Isso pode levar a indústria a abrir um diálogo com grupos de usuários e com a sociedade civil em geral com o objetivo de encontrar maneiras mutuamente benéficas de melhorar o desempenho regulatório³³⁷.

Ademais, para que a autorregulação funcione, um dos mais importantes instrumentos diz respeito à transparência das condutas, entre os quais se incluem relatórios a serem divulgados pelas empresas acerca de seu próprio desempenho em termos de qualidade de serviço e investimentos em redes, por exemplo. O próprio ato de compilar um relatório, necessariamente, envolve um grau de introspecção que pode revelar oportunidades anteriormente ocultas para melhorar a regulação. Isso porque concentra a atenção gerencial sobre o fenômeno subjacente e, também, porque nenhum executivo gosta de ver a empresa nas últimas classificações no ranking de qualidade ou investimento³³⁸.

Correlativamente, o direito de acesso à informação por parte da sociedade civil tem um grande peso na autorregulação. Em particular, ele (i) pode expor as deficiências de fiscalização das agências reguladoras, criando pressão para que, no fim das contas, ocorra uma autorregulação mais eficaz, porque mais bem supervisionada; (ii) estimula a atuação preventiva das empresas, sensibilizando-as à

³³⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 55.

³³⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 55.

³³⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 62.

pressão da comunidade; (iii) tende a melhorar a qualidade do debate sobre políticas públicas, pela maior quantidade de informação bem-estruturada disponível; (iv) pode influenciar diretamente o preço das ações de uma empresa que tem o capital aberto, servindo para recompensar os bons desempenho e punir as empresas que o tem ruim³³⁹.

Obviamente, o *disclosure* dessas informações não é tão simples assim. Há uma grande tentação à não divulgação de informações que terminam sendo contrárias aos interesses das empresas. Informações positivas ou ligeiramente negativas (pequenas violações, pequenos problemas que foram resolvidos) podem contribuir para a confiabilidade de uma empresa. Informações marcadamente negativas, contudo, podem afetá-la seriamente. Para deixar o problema ainda mais complexo, e ao contrário do que à primeira vista pode parecer, a falta de divulgação pode ocorrer por várias razões, não somente por má-fé, e esse dado tem de ser levado em conta pelo regulador – em situação, por exemplo, de dosar uma sanção.

Em estudo sobre o tema, Julien Étienne (2010, p. 15) afirma que, entre outras razões, a ausência de divulgação de fatos e dados relevantes das empresas pode advir: i) da própria cultura empresarial, que não enxerga o dado ou fato como relevante para divulgação; ii) de preocupações com a resposta do regulador, que pode interpretar o divulgado negativamente e sancionar a empresa; iii) de um senso de proteção da reputação da empresa perante o público em geral.

Segundo o autor, a evidência empírica sugere que uma mistura de fatores internos (lutas de poder entre diferentes níveis gerenciais, necessidade de bater metas de produção) e externos (reputação, custos de publicidade ruim e de um possível sancionamento pelo regulador) contribuem para a falha na divulgação³⁴⁰.

Interessante relatar, todavia, que o autor observa que há correlação entre, por um lado, o grau de sobreposição entre os padrões corporativos e as regras do Estado

³³⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 63-64.

³⁴⁰ ETIENNE, Julien. **Self-reporting untoward events to external controllers: accounting for reporting failure by a top-tier chemical plant**. London School of Economics and Political Science, 2010, p. 16.

e, por outro, a resposta às regras do Estado, ou seja, há uma tendência em desafiar as regras estatais se elas vão além ou contradizem os padrões corporativos³⁴¹.

Na visão do pesquisador, isso decorre muito do fato de que os indivíduos dificilmente podem atender bem, ou igualmente, a todas as questões: há uma atenção e um atendimento seletivos. As próprias organizações empresariais tendem a ser estruturadas de modo a canalizar a atenção para questões específicas. Esse foco termina por afetar, nas palavras da Etienne (2010, p. 17), “não apenas a cognição ao alocar atenção a certos aspectos e afastar-se de outros, ele também influencia as motivações”.

A consequência disso é que a não divulgação de informações pode decorrer também – não se pretende que isso explique todas as falhas – da atenção seletiva das empresas a determinados pontos focais que não se sobrepõem aos do regulador.

3.6.1 Uma forma de flexibilização da regulação e a correção

A autorregulação pode ser aplicada para um setor inteiro, ou apenas para algumas empresas – justamente as que foram cooperativas, as que não ludibriaram a confiança que o regulador nelas depositou; pode ser aplicada quando se trata de apuração de algum critério de qualidade, não de outro que trata da continuidade ou da segurança do serviço contra ataques externos, por exemplo. Há uma gama enorme de variações possíveis.

Uma forma de flexibilização regulatória pode se dar do seguinte modo: os reguladores comprometem-se a não fazer cumprir alguns requisitos que seriam formalmente aplicáveis às entidades reguladas em troca de compromissos dessas entidades de tomar algumas medidas que vão além das exigidas pela legislação formal existente. Essas negociações podem ser entabuladas caso a caso, ou mesmo localidade por localidade. Apesar de, pela própria natureza, ser algo a ser realizado em pequena escala, o resultado agregado de tais negócios, idealmente, é um conjunto de requisitos para entidades reguladas que são superiores (e, mais geralmente,

³⁴¹ Op. cit., p. 11.

socialmente superiores) aos prescritos pela lei positiva³⁴². Trata-se de forma de regulação que responde ao entendimento atual das limitações do modelo de comando e controle da regulação³⁴³. Em vez de comandar e controlar, tem-se um novo paradigma de espécie contratual, passa-se a negociar e controlar.

A “regulação contratual” difere da regulação de comando e controle no modo de formação dos requisitos regulatórios, especialmente quanto ao papel da negociação formal e consentimento, bem como no escopo dos requisitos regulamentares³⁴⁴. A questão mais difícil, contudo, é saber se a mudança de paradigma aumentará a qualidade dos serviços prestados. Isso porque, em uma regulação customizada dessa maneira, há maiores obstáculos ao monitoramento quando se compara com o padrão de comando e controle³⁴⁵. De fato, uma coisa é fiscalizar padrões que foram fixados para todo o mercado, outra é verificar padrões diferentes para várias empresas.

Os estudos indicam que essa abordagem flexibilizante tende a funcionar mais quando é feita de forma multilateral, ou seja, com terceiros (sejam da sociedade civil, sejam outros atores atuando no mercado) sentando à mesa de negociação da regulação. Os obstáculos a uma abordagem multilateral, entretanto, são muitos, incluindo: (1) a intensa oposição de empresas reguladas a uma abordagem multilateral, pois os terceiros tendem a endurecer os requisitos propostos/pensados pelas empresas; (2) a falta de um consenso claro sobre quem ou quais grupos poderiam representar, em muitos casos, preocupações regulatórias e comunitárias; (3) a necessidade de fornecer aos terceiros a orientação necessária para uma participação significativa nas negociações – talvez, até mesmo, alguma espécie de subvenção financeira; e (4) aumento dos custos de transação devido a negociações mais longas, mais complicadas e possivelmente mais estratégicas³⁴⁶.

³⁴² David A. Dana, **The new contractarian paradigm in environmental regulation**, 2000 U. Ill. L. Rev. 35, 60, p. 35.

³⁴³ Op. cit., p. 37.

³⁴⁴ Op. cit., p. 44.

³⁴⁵ Op. cit., p. 54.

³⁴⁶ Op. cit., pp. 54-55.

Por essas razões, qualquer regime de regulação flexível deve deixar amplo espaço para a correção e complementação do que antes eram (ou pareciam ser) respostas regulatórias adequadas³⁴⁷.

Outro papel do regulador pode ser o de definir determinados padrões, com as entidades privadas precisando o modo desse cumprimento. Trata-se, aqui, de um regime de corregulação. Corregulação, portanto, “refere-se à situação em que há uma associação autorreguladora privada atuando em determinado segmento, mas que conta com algum controle ou ratificação por parte do poder público”.³⁴⁸

No *white paper* sobre governança da Comissão Europeia, no âmbito do programa Better Regulation, constatou-se que “a legislação geralmente é apenas parte de uma solução mais ampla que combina regras formais com outras ferramentas não vinculativas, como recomendações, diretrizes ou até mesmo autorregulação dentro de uma estrutura comumente acordada”, reconhecendo que é necessário “combinar a legislação formal com soluções não legislativas e autorreguladoras para melhor alcançar” seus objetivos³⁴⁹.

A regulação privada pode ser entendida como compreendendo atividades realizadas por atores privados não estatais para influenciar a conduta de si próprios ou de outros atores comerciais que seguem um conjunto de normas e objetivos predefinidos. Essas atividades envolvem o estabelecimento de padrões, monitoramento e fiscalização, e podem ser administradas não apenas por empresas, consórcios de empresas ou associações industriais, mas também por grupos de consumidores, organizações privadas sem fins lucrativos e outros grupos de interesse público³⁵⁰.

Em seu plano de ação para simplificação e melhora da regulação, a Comissão Europeia traça um esquema de corregulação. Propõe que a corregulação seja utilizada com maior frequência, mas com base num ato legislativo e a utilização desse mecanismo pode ser adequada nos casos em que são necessárias medidas flexíveis

³⁴⁷ Op. cit., p. 57.

³⁴⁸ Op. cit., p. 171.

³⁴⁹ **European governance: a white paper**, 2001, Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10. Acesso em 19/2/2021.

³⁵⁰ VERBRUGGEN, Paul. **Private regulation in EU better regulation**. European Journal of Law Reform, v. 19, nº 1-2, 2017, p. 122.

e/ou urgentes, desde que não requeiram uma aplicação uniforme na comunidade e não afetem as condições de concorrência. O papel do legislador é o de estabelecer os aspectos essenciais da legislação, em especial os objetivos a atingir; os prazos e mecanismos relativos à sua implementação, determinando em que medida a definição e a concretização das medidas podem ser deixadas ao critério das partes interessadas, devido à experiência que se reconhece ter adquirido no domínio. Ademais, quando a utilização do mecanismo de correção não produzir os resultados esperados, a comissão reserva-se o direito de apresentar ao legislador uma proposta de regulação tradicional³⁵¹.

3.7 Uma nova forma de flexibilização: a criação de *sandboxes* regulatórios

Uma das novas formas de flexibilização do regime regulatório é conhecida como *sandbox*. Trata-se de ideia que surgiu no âmbito das tecnologias da informação, em que, “para testar uma aplicação, cria-se um ambiente isolado e seguro, de modo que o teste não danifique outras aplicações que já estão no sistema ou o próprio sistema em si”³⁵². No Direito, “*sandboxes* regulatórias” “são espaços experimentais, que permitem a empresas e seus modelos de negócios inovadores, que não se encaixem totalmente no arcabouço regulatório vigente, operar temporariamente”³⁵³. A ideia seria que o órgão regulador observasse o desempenho da empresa nesse ambiente para que ganhe informações a fim de avaliar a propriedade da regulação atual e futura.

Em outras palavras, os reguladores podem criar bolsões de atividades em que os participantes podem se beneficiar, caso a caso, da tolerância regulatória ou de licenças especiais³⁵⁴.

³⁵¹ Action plan "Simplifying and improving the regulatory environment", p. 12. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0278:FIN:EN:PDF>. Acesso em 19/3/2021.

³⁵² Consulta Pública nº 65 da Anatel. <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2378&Tipo=1&Opcao=andamento>

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Dirk A. Zetsche et al. **Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation**, 23 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 31, 2017, p. 44.

Como uma pré-condição jurídica e econômica, os reguladores em todo o mundo geralmente estabelecem algum tipo de teste de entrada para determinar se uma empresa está qualificada para “jogar na caixa de areia”. Primeiro, o teste determina se a tecnologia, serviço ou atividade pretendida é apropriada para a *sandbox*. Por exemplo, para entrar na *sandbox*, o participante proposto deve fornecer inovação genuína, ou seja, novas soluções para problemas existentes ou novos. Trata-se de tarefa bastante difícil, pois pede aos reguladores que avaliem, *a priori*, uma potencial inovação³⁵⁵.

Em segundo lugar, em termos de características legais, os reguladores normalmente avaliam se há uma necessidade para a *sandbox*, ou se a tecnologia, serviço ou atividade já está adequadamente coberta pela legislação e regulamentação existentes. Uma avaliação positiva requer a constatação de que a inovação enfrenta uma carga regulatória desnecessária. Depois que um participante é aprovado, surgem questões sobre o escopo de cobertura da *sandbox*³⁵⁶.

Ela varia consideravelmente. Frequentemente, há limites em relação aos clientes que o participante da *sandbox* pode ter como alvo. Assim, por exemplo, uma *sandbox* pode estar aberta para serviços direcionados a “membros da equipe ou grupos de clientes selecionados”³⁵⁷, isso por causa da ausência teórica de segurança que é proporcionada pelas regras regulatórias, quando vigentes. O período em que uma empresa pode atuar na *sandbox* é normalmente limitado, seja por uma regra ou caso a caso. Assim, no mercado de fintechs, os períodos variam de seis meses (Reino Unido) a 12 meses (Austrália) ou 24 meses (Canadá), com possibilidade de extensão³⁵⁸.

A maioria das regras de *sandbox* não especifica quais disposições obrigatórias podem ser suspensas, mas alguns reguladores divulgam o nível mínimo de conformidade dentro da *sandbox*. Por exemplo, nos países mencionados acima, não são suspensas as regras sobre confidencialidade das informações do cliente e adequação da administração em relação a assuntos de integridade de gestão³⁵⁹.

³⁵⁵ Op. cit., p. 69.

³⁵⁶ Op. cit., p. 71

³⁵⁷ Op. cit., p. 74.

³⁵⁸ Op. cit., p. 76.

³⁵⁹ Op. cit., p. 76.

Por fim, existe a possibilidade de terminação antecipada da participação em uma *sandbox*. Os motivos para a saída forçada da *sandbox* incluem: riscos que excedem os benefícios, não conformidade com leis ou imposições regulatórias e o propósito de estar na *sandbox* não está sendo alcançado. Finalmente, é claro, as empresas devem ter o direito de optar por encerrar o negócio ou mudar para a esfera regulamentada³⁶⁰.

Em uma *sandbox* regulatória, o objetivo é que os reguladores apreendam novas abordagens regulatórias, isso devido à observação das empresas atuando com menos restrições regulatórias e com maior liberdade comunicacional³⁶¹. A sua adoção também sinaliza a propensão de um regulador para apoiar a inovação. A *sandbox*, portanto, pode ajudar a alcançar um nível ideal de abertura para a inovação, ou seja, o nível a partir do qual há um benefício social com o mínimo risco possível. Além de beneficiar o ecossistema que está dentro da *sandbox*, ela também termina promovendo efeitos externos positivos, incentivando as entidades licenciadas tradicionais a acelerar a sua transformação digital³⁶².

À guisa de conclusão parcial, este capítulo demonstrou que, para além dos limites do sistema tradicional de regulação, existe uma trama muito rica de instrumentos que podem ser efetivamente utilizados. À medida que a abordagem convencional de comando e controle começa a entrar em colapso, reguladores começam a prestar atenção cada vez maior ao potencial dessas opções mais amplas.

Esses movimentos, no entanto, em direção ao “pluralismo regulatório” têm sido “hesitantes em sua abordagem e desiguais em seus resultados”³⁶³. Mesmo nos casos em que os reguladores utilizaram abordagens inovadoras, muitas vezes isso foi de uma maneira amplamente incoerente e não reflexiva, ou talvez de maneira *ad hoc*, ou mesmo como fruto de uma convicção pessoal.

As abordagens de instrumento único e de categoria única ainda predominam, tendo-se pouca consciência das limitações desses instrumentos e de sua incapacidade de operar efetivamente “em todos os sentidos”.

³⁶⁰ Op. cit., p. 77.

³⁶¹ Op. cit., p. 78.

³⁶² Op. cit., p. 78.

³⁶³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 91.

Contudo, a contribuição da teoria da *smart regulation* não para por aqui: para que a dinâmica regulatória seja explorada pelo regulador em todo o seu potencial, não basta utilizar e combinar os vários instrumentos que lhe estejam disponíveis; é preciso utilizá-los bem, o que quer dizer, na dosagem devida, contando com auxílio de terceiros, e de maneira integrada.

Os próximos capítulos se propõem a explorar essas outras variáveis.

CAPÍTULO 4. DA NECESSIDADE DE RECRUTAR TERCEIROS NO PROCESSO DE REGULAÇÃO

4.1 Introdução

A visão de que a regulação existe para além do Estado não é exclusiva da teoria *smart regulation*. Assim, por exemplo, Francisco Defanti afirma que a regulação não se limita ao Estado, havendo agentes privados que também desempenham papel com características tipicamente regulatórias – como ocorre na autorregulação³⁶⁴. Para ele, o papel a ser desempenhado por privados no campo da regulação decorre da

³⁶⁴ DEFANTI, Francisco. **Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, nº 63, p. 150, jul/set 2018.

descentralização no exercício das funções públicas – num espaço público não estatal³⁶⁵.

Em um contexto propriamente jurídico, o prefixo “auto” não é utilizado necessariamente em seu sentido literal, individual: sua conotação pode também se relacionar a um grau de controle coletivo que não seria alcançado pelo comportamento individual do mercado por si só³⁶⁶.

Há uma gama de terceiros, desempenhando papel comercial ou não, no mercado que podem atuar de maneira valiosa no processo regulatório, agindo como “quase-reguladores” ou, talvez melhor, caracterizando para a realidade presente, como importantes ou até mesmo imprescindíveis auxiliares da regulação. Eles variam de associações do setor (administrando programas de autorregulação), passando por instituições financeiras, seguradoras e grupos de interesse público de uma maneira geral³⁶⁷.

Com muita frequência, no entanto, reguladores têm deixado de lado contribuição potencial de tais partes, tratando o Estado, na prática, como regulador monopolista. No entanto, ao expandir a “caixa de ferramentas” regulatória para abranger outros participantes, muitas das deficiências mais sérias da regulação tradicional podem ser superadas³⁶⁸.

De fato, existem várias razões pelas quais o recrutamento de terceiros para o processo regulatório pode proporcionar melhores resultados.

Primeiro, em alguns casos, a atuação de terceiros pode ser muito mais potente do que a intervenção governamental para a mudança de comportamentos. Por exemplo, a ameaça de um banco de executar judicialmente um empréstimo de uma empresa inadimplente terá um impacto grande, possivelmente maior do que o de muitos outros instrumentos governamentais. Em segundo lugar, com a participação

³⁶⁵ Op. cit., p. 156.

³⁶⁶ Op. cit., p. 158.

³⁶⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 92.

³⁶⁸ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 26.

de terceiros, o processo todo pode ser percebido como mais legítimo – assunto ao qual se voltará a seguir.

Também, os recursos do governo são necessariamente limitados, especialmente em uma era de restrição fiscal como a atual; poder contar com os olhos e os recursos de terceiros para fazer uma parte do trabalho é um auxílio não desprezível. Em quarto lugar, mesmo que os recursos estivessem amplamente disponíveis, os governos não são onipotentes. Onde há uma miríade de pequenos *players*, muito possivelmente o poder de coerção estatal será menor.

Finalmente, e de forma mais ampla, é desejável trabalhar com os mercados em vez de contra eles. Isso não deve ser interpretado como um recuo para a “regulação pelo mercado”, pura e simplesmente; em vez disso, é um reconhecimento do poder latente dos mercados para mudar o comportamento do setor e até que ponto essa influência potencial permanece inexplorada³⁶⁹.

Enfim, tradicionalmente, o processo regulatório tem sido pensado como um jogo de dois participantes – o Estado como regulador e a empresa como regulada. No entanto, para a teoria da *smart regulation*, a realidade é muito mais complexa, pois há uma ampla variedade de instrumentos que pode ser usada por uma multiplicidade de participantes reguladores e mesmo ordenações sociais informais desempenham papel significativo. Em poucas palavras, a visão tradicional da regulação como uma função exclusivamente governamental tornou-se obsoleta³⁷⁰. Na dicção dos próprios autores, o processo de regulação é muito mais tridimensional do que bidimensional³⁷¹.

Ocorre que o Estado não deve ficar passivo diante dos terceiros; mesmo nesse caso, de terceiros privados, o Estado tem papel importante a desempenhar. Especificamente, ele pode obter o apoio de uma variedade de instituições não governamentais para promover o processo regulatório. Ao orientar uma série de forças de mercado e ainda por outros meios, o Estado pode alavancar grupos de

³⁶⁹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 27.

³⁷⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 93.

³⁷¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 93.

interesse público, terceiros comerciais e a própria indústria para atuar como auxiliares na regulação, facilitando, assim, a atividade regulatória inovadora e pluralista³⁷².

Uma das muitas contribuições importantes de Peter Grabosky para os estudos regulatórios foi destacar como a regulação pode ser aprimorada pelas ações de entidades não estatais, tanto públicas quanto privadas. O argumento central que ele apresentou é que a tarefa de fiscalização regulatória e monitoramento do cumprimento pode ser (e frequentemente é) realizada por uma série de terceiros de uma maneira mais eficaz e eficiente. Grabosky, há tempos, desafiou a visão tradicional da regulação como simplesmente uma função do governo. Ele argumentou que esses arranjos regulatórios não estatais podem surgir espontaneamente ou podem se materializar por meio de ações estratégicas dos Estados, que, por exemplo, delegam a responsabilidade de fiscalização e monitoramento a partes externas públicas ou privadas³⁷³.

As observações de Grabosky (2018, p. 19) motivaram uma série de estudiosos a olhar para a “regulação além do Estado” ou o que Grabosky denominou “pluralismo regulatório”. Um ponto importante levantado por Grabosky é que, em alguns casos, muitos terceiros não têm nenhuma função ou autoridade reguladora oficialmente prescrita, mas ainda assim têm capacidade para mudar o comportamento de acordo com resultados regulatórios específicos. Grabosky argumentou que a capacidade de controlar e “empurrar” as ações de terceiros não estatais é uma característica essencial de uma regulação eficaz. O importante é que isso pode levar ao desenvolvimento de padrões que realmente vão além das condições regulatórias governamentais estabelecidas.

Grabosky, no entanto, também alertou que esse procedimento apresenta riscos e pode levar a resultados contraproducentes. Um regulador estatal fraco ou sem poder pode criar um desequilíbrio na tomada de decisões políticas com o possível domínio de interesses particulares poderosos. Em tal contexto, o processo de política

³⁷² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 94.

³⁷³ Cf. Cherney, Lorraine and Cherney, Adrian (2018). **Regulation beyond the state: the role of non-state actors. Criminal justice and regulation revisited: essays in honour of Peter Grabosky**. Editado por Lennon Y.C. Chang and Russell Brewer. Abingdon, Oxon, United Kingdom: Routledge.19-32, passim.

regulatória pode ser capturado pelos interesses mais poderosos e pode levar à marginalização de outras partes interessadas (por exemplo, comunidade ou grupos de consumidores) ou entidades menores (por exemplo, varejistas ou empresas independentes)³⁷⁴.

Outro problema de depender de um número crescente de terceiros descentrados e independentes é que a política regulatória pode-se tornar incoerente e fragmentada. Há risco de sobreposição de funções regulatórias e pode ocorrer até mesmo a sua duplicação. Ademais, diferentes terceiros podem surgir e então se retirar com base em ciclos de política governamental, o que pode ocorrer, também, devido ao fato de reguladores tentarem satisfazer demandas conflitantes (por exemplo, entre a indústria, grupos de consumidores e a comunidade). Tal ambiente tem o potencial de criar incerteza e levar a setores que questionam o compromisso de um regulador com suas necessidades particulares e seu desejo de alcançar um modelo de regulação coerente e eficaz³⁷⁵.

4.2 Tripartismo contestável

Antes de analisar a potencialidade de contribuição de alguns terceiros em particular é importante destacar ideia defendida por Ayres e Braithwaite sobre a participação de terceiros no processo regulatório, o que calha bem com a teoria da *smart regulation*.

Para eles, a solução de sempre colocar um controlador a mais é uma visão muito mecanicista da realidade, que é mais complexa do que uma simples engrenagem descrita por uma fórmula matemática. Como solução, eles propõem a ideia de um guardião contestável, absorvendo a ideia de mercados contestáveis, ou seja, de que mesmo em mercados concentráveis o exercício de poder por determinada empresa é improvável dada a possibilidade concreta – pelos baixos

³⁷⁴ Op. cit., p. 20.

³⁷⁵ Op. cit., p. 21.

custos de entrada, por exemplo – de outro agente entrar no mercado e absorver parcela dele³⁷⁶.

Assim, os autores propõem o que chamam de truque do design institucional: tomar a figura do guardião e torná-la a de um guardião contestável. Para assegurar a contestabilidade, alegam que é necessária uma cultura regulatória, na qual a informação sobre a política regulatória e os negócios daí resultantes estejam disponíveis a todos. Juntando todas essas informações, a teoria responsiva advoga o tripartismo da maneira a seguir descrita.

O Public Interest Group deve participar, de fato e de direito, do processo regulatório e isso deve abranger três fases ou etapas. Em primeiro lugar, deve-se dar ao PIG acesso a toda informação que o regulador dispuser. Em seguida, deve-se dar ao PIG um assento na mesa de negociação com a empresa e a agência reguladora, mesa na qual os negócios regulatórios são fechados. Por fim, deve-se conceder ao PIG legitimidade jurídica para iniciar ações judiciais contra o regulado, da mesma maneira que a teria o regulador.

Ayres e Braithwaite, então, afirmam que, para o modelo funcionar, o PIG mais apropriado deve ser selecionado pelo Estado para contrabalançar o regulador. Esse PIG indica seus representantes para as negociações regulatórias. O mercado de PIG, nesse cenário, é dito por ele contestável porque: 1) diferentes PIGs competem para o privilégio de ser indicado a ser o terceiro ator na mesa de negociação; 2) diferentes membros de cada PIG competem para representá-lo, uma vez decidida sua escolha.

Obviamente, nesse cenário, a presença de PIG realmente afetaria o poder de captura dos agentes regulados, uma vez que, para que a estratégia de captura siga adiante, mesmo em sua face corrosiva, seria necessário que o PIG também fosse capturado. Essa captura do PIG seria tanto mais difícil porque, como visto, o ideal é que o mercado de PIGs seja contestável: assim, percebendo um PIG concorrente que o escolhido passou a atuar no âmbito do interesse privado, e não do público, começaria a fazer pressão social para ocupar o lugar daquele que foi cooptado.

³⁷⁶ ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GONÇALVES, Priscila Brólio. **O CADE, a concorrência e a operação Nestlé-Garoto**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, pp. 263-278, dez. 2014, p. 271. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130>>. Acesso em 17/11/2016.

O modelo de Ayres e Braithwaite contempla diversos tipos de PIGs possíveis, entre eles o PIG racional, o capturado e o zeloso. O racional é aquele que persegue os mesmos objetivos institucionais do próprio regulador e age como um grande aliado deste na busca pela cooperação do regulado e, também, na busca por sanções, caso o regulado não coopere, caso tente se furtrar ao cumprimento do acertado com o regulador. O PIG capturado é aquele que atua não na busca do interesse público, mas na construção de soluções visando meramente ao interesse privado do regulado. Ayres e Braithwaite afirmam que, se isso acontecer, dificilmente o PIG se sustentaria por conta da ideia do mercado contestável de PIGs, que foi antes aventada. Por fim, existe a figura do PIG zeloso, que é o que mais chama a atenção no trabalho. Zeloso, aqui, não é simplesmente aquele que busca com zelo o que é correto (e o correto, do ponto de vista da teoria responsiva, é, antes de tudo, a busca pela cooperação) – esse seria o caso do PIG racional –, mas sim um PIG que foi selecionado para ser combativo, em vez de cooperativo.

Os autores explicam que, de fato, há motivos para esperar que os PIGs nem sempre se comportem como agentes racionais, maximizadores do interesse público insculpido na lei, que eles supostamente representam e prometem sustentar. O comportamento de um PIG pode, em alguns casos, ter como objetivo construir e mostrar uma identidade própria, perseguindo seus próprios objetivos. Para os ativistas de um PIG, fabricar uma imagem de cavaleiro do bem lutando contra as “trevas empresariais” pode ser ativo importante.

Ayres e Braithwaite (2014, p. 271) afirmam, por exemplo, que os líderes de um sindicato podem conseguir mais votos de seus eleitores por meio de confrontações gloriosas, apesar de falhas, com o “capitalismo malvado” do que cooperando para atingir resultados satisfatórios. Da mesma forma, um grupo de defesa do meio ambiente pode sofrer um declínio em contribuições financeiras ou em seus quadros se tornar-se conciliador.

A combatividade dos PIGs é explicada por Ayres e Braithwaite por meio das formulações de Murray Jacob Edelman, segundo o qual o público difuso atinge vitórias simbólicas, ao passo que os interesses concentrados obtêm recompensas tangíveis. Os consumidores, por exemplo, têm, em geral, interesses difusos, dispersos. Nesse cenário, não é difícil pensar que PIGs busquem a promulgação de uma nova lei, ou

de um aperto na regulamentação, que lhes dará uma vitória simbólica, mas que pode muito bem simplesmente não ter aplicabilidade prática; assim, não era a sua aplicação que estava em jogo, mas o simbolismo de sua vitória.

Como resolver, então, o problema do PIG zeloso? Ayres e Braithwaite teorizam que o PIG zeloso continuaria a agir dessa maneira à medida que fosse excluído das vitórias tangíveis, ao passo que lhe fosse concedido um real poder na mesa de negociação a tendência natural seria de que ele passasse a focar o resultado prático, durável, de longo prazo, que seria favorável, concretamente, a seus membros. Inclusive, citam como exemplos concretos a Australian Council of Trade e a Swedish Trade Union Confederation, afirmando que ambas raramente sacrificam resultados tangíveis por vitórias simbólicas, preferindo muito mais a cooperação à visão tacanha de curto prazo.

Ayres e Braithwaite afirmam que a atitude do PIG zeloso ocorre muitas vezes como função do fato de que a vitória simbólica é uma das únicas coisas que seus líderes podem entregar aos membros em vista de uma reeleição interna. Assim, os dirigentes do PIG, agindo de forma combativa e não cooperativa, vão tentar “enganar” os seus membros, afirmando que as vitórias obtidas não são de “Pirro”, mas permanentes, duradouras. E os autores afirmam que o melhor meio de combater essa forma de agir é por meio da abertura de informação, que tem que fluir livremente no processo regulatório como um todo, para que todos os membros do PIG selecionado e também dos PIGs concorrentes conheçam, na prática e em concreto, os resultados obtidos.

Não se olvida, também, que o PIG pode ser capturado não somente pelo regulado, mas também por outros interesses, ou seja, um quarto agente. Pode ser que seu diretor seja capturado por um agente político, ideologicamente posicionado, por exemplo. Seu objetivo pode muito bem ser o de galgar uma carreira política e usar sua atuação no PIG para tanto, reduzindo sua responsabilidade por resultados concretos e justos e justificando sua posição de combate exacerbado.

Reforçando, e na linha do proposto por Ayres e Braithwaite, Gunningham também advoga a convocação de terceiros para atuar no âmbito da regulação. Segundo ele, esses terceiros podem atuar monitorando, fiscalizando os códigos de autorregulação como complemento ou até de maneira alternativa ao envolvimento

estatal, em um primeiro momento. Ele chega mesmo a afirmar que se pode dizer que a autorregulação é raramente efetiva sem esse envolvimento de terceiros, uma vez que o envolvimento efetivo de consumidores e de outros grupos de interesse público frequentemente separa os códigos que fazem sucesso daqueles que recebem menos suporte do governo e do público em geral. No momento em que os cidadãos estão mais bem informados, mais exigentes e mais céticos em relação às chamadas elites (governo, setor regulado, academia e comunidades científicas) é difícil imaginar uma situação em que um arranjo voluntário pode ter sucesso sem a participação envolvente da comunidade, dos consumidores e/ou terceiros.

Colocados, assim, a questão e os riscos que devem ser enfrentados, resta analisar quais os terceiros que podem ser recrutados para o ambiente regulatório.

4.3 Terceiros: grupos de interesse público

Diante de tudo o que foi exposto não é possível negar o papel influente que grupos de interesse público passaram a desempenhar no processo regulatório. No âmbito da teoria da *smart regulation*, entre suas mais importantes contribuições estão: (i) educar a comunidade; (ii) fornecer informações aos reguladores; (iii) cumprir uma função de fiscalização; (iv) buscar, judicialmente, compensação financeira ou prevenir danos; e (v) lutar por uma reforma da legislação³⁷⁷.

De fato, os grupos de interesse público desempenham uma importante função educativa geral. Ao aumentar a conscientização pública sobre problemas que determinado setor enfrenta, eles contribuem para uma comunidade mais informada. Eles também podem contribuir para a definição da agenda regulatória levantando uma questão e aumentando sua prioridade. Ao atrair a atenção pública e governamental para questões específicas, sejam locais, nacionais ou globais, eles podem elevar essas questões da obscuridade à proeminência política³⁷⁸. Eles também podem ser uma fonte importante de informações para as autoridades governamentais,

³⁷⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 95.

³⁷⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 95.

fornecendo uma perspectiva que poderia não estar prontamente disponível para os reguladores³⁷⁹. Os grupos de interesse público também estão em posição de agir, em uma função de fiscalização paralela, para identificar quaisquer deficiências no desenvolvimento e implementação de políticas governamentais³⁸⁰.

Além de pressionar os reguladores a tomarem as medidas adequadas, grupos de interesse público podem assumir responsabilidade direta pela aplicação privada das regulamentações governamentais. Essa aplicação cidadã não precisa se antecipar inteiramente à aplicação governamental, mas pode servir como um complemento para a ação estatal, em um papel talvez análogo ao de um assistente da acusação no processo penal. A principal justificativa para essa forma de ação é a eficiência³⁸¹.

Grupos de interesse público também podem dar início a ações judiciais a fim de buscar compensação por quaisquer danos anteriores ao meio ambiente ou para prevenir danos iminentes. A compensação pode implicar a recomposição de certo dano ou o pagamento de uma indenização financeira.

4.4 Catalisando as ações dos grupos de interesse público

4.4.1 Apoio do Estado para o papel dos grupos de interesse público

Existem várias maneiras pelas quais o governo pode facilitar o envolvimento de grupos de interesse público no processo regulatório. Há hipóteses de apoios financeiros diretos ou indiretos (como dedução do valor das contribuições no IR) ou também recompensa financeira por litígios bem-sucedidos³⁸². Além disso, o Estado pode fornecer maior acesso à principal moeda dos grupos de interesse público: a

³⁷⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 95.

³⁸⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 96.

³⁸¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 96-97.

³⁸² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 102.

informação. Essas informações dão aos grupos comunitários maior influência política, tanto por meio da mídia quanto nas negociações em nível individual³⁸³.

4.4.2 Superando as deficiências do envolvimento do grupo de interesse público

A relação entre os grupos de interesse e a indústria não é inevitavelmente adversarial, mas pode, ao contrário, dar origem a uma reação que os autores chamam de “engajamento construtivo”³⁸⁴. Contudo, os autores da teoria da *smart regulation* afirmam que a contribuição de grupos de interesse público para a regulação não é uma virtude absoluta. Como a história mostra, há participantes em todos os lados do debate para quem acomodação e concessões são anátema.

De fato, ao pressionar sua posição, a credibilidade dos grupos de interesse público pode ser manchada pelo uso de sensacionalismo, falsidades ou distorção. Também existe o perigo de que os grupos de interesse público se concentrem em questões “da moda”, altamente sensíveis à população – lembra-se aqui o caso da franquia em banda larga móvel³⁸⁵ – à custa das mais importantes e estruturais. O desafio do Estado é garantir que os interesses em conflito recebam uma audiência justa e que nenhum interesse domine injustamente o discurso público³⁸⁶.

A fiscalização privada também traz consigo o potencial de inconsistência e imprevisibilidade, pelo amálgama de diversos *backgrounds* e culturas diferentes³⁸⁷.

Idealmente, portanto, os grupos de interesse público devem complementar, e não substituir, a fiscalização por agências governamentais. O desafio é aproveitar os

³⁸³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 102.

³⁸⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 99.

³⁸⁵ <https://memoria.etc.com.br/tecnologia/2016/04/limitacao-de-internet-fixa-banda-larga-entenda-franquia-de-dados>.

³⁸⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 104.

³⁸⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 105-106.

elementos construtivos deles, neutralizar aqueles elementos que podem ser contraproducentes e combiná-los sistematicamente com a atuação pública.

Por um lado, é importante que os grupos de interesse público sejam capacitados para que possam cumprir papéis legítimos e importantes. Por outro, também é importante que os grupos de interesse público não sejam tentados a abusar de sua posição como defensores dos interesses dos consumidores e que não haja oportunidades para anular estratégias regulatórias cuidadosamente planejadas³⁸⁸.

4.5 Consumidores

Não somente os grupos de interesse público têm um papel a desempenhar na regulação. Para a teoria da *smart regulation*, mesmo consumidores podem atuar como instrumentos de controle capazes de moldar os resultados futuros da regulação, o que não tem sido devidamente abordado pela literatura sobre regulação³⁸⁹.

Os autores fornecem exemplo voltado à regulação ambiental. De fato, a crescente sensibilidade do público às questões ambientais se reflete no comportamento do consumidor. Os consumidores que estão ambientalmente conscientes estão inclinados a comprar produtos que consideram ambientalmente apropriados e a preferir produtos de fabricantes que, de alguma maneira, demonstraram preocupação com o meio ambiente. Coletivamente, esses consumidores têm força econômica para exigir que os produtos prejudiciais ao meio ambiente sejam melhorados ou, em casos extremos, substituídos. As empresas que responderem a essas demandas podem obter uma vantagem competitiva. Na verdade, as preferências dos consumidores podem ser mais exigentes do que os requisitos regulatórios do governo³⁹⁰.

Apesar do foco distinto, em qualquer outro setor, como o de telecomunicações, acredita-se que isso pode ocorrer. De fato, as preferências dos consumidores, em

³⁸⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 106.

³⁸⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 106-107.

³⁹⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 107.

qualquer mercado, podem moldar e muito a atuação e a resposta do regulado. Assim, a disponibilização de pacotes específicos de serviços, qualidade no atendimento do usuário, confiabilidade na disponibilidade do serviço e do sinal, tudo isso pode ser sinalizado pelos usuários como sendo algo de relevância para eles, por meio de reclamação, contratação com os melhores fornecedores etc.

Ademais, a influência direta do governo sobre os fabricantes de produtos e prestadores de serviço pode ocorrer por meio de seu considerável poder de compra. Em muitos mercados, o governo é de fato o comprador dominante. Por exemplo, o consumo governamental de serviços de telecomunicações pode auxiliar a ditar as preferências de mercado para os serviços, desenvolvendo e implementando uma política de compra com determinado nível de qualidade, por exemplo³⁹¹.

Ocorre que o poder de preferência do consumidor de forma alguma é exercido exclusivamente pelo comprador final. As grandes empresas, em particular, podem ser consideradas consumidores em sentido amplo, e são capazes de usar seu poder de mercado para impor preferências de produto e processo a seus fornecedores menores *a montante* e a compradores *a jusante*. Essa capacidade de influenciar condutas pode ser muito importante, dadas as dificuldades que os reguladores enfrentam na aplicação de instrumentos regulatórios convencionais a pequenas empresas, já que muitas delas serão compradoras e fornecedoras de algum grande *player*³⁹².

O raciocínio parece ser mais facilmente aplicável em caso de venda de produtos do que de prestação de serviços. De todo modo, um ponto de grande atenção, sem dúvida, é o de que tais relacionamentos são inevitavelmente desiguais e grandes prestadores não podem querer impor seus padrões a pequenos provedores pura e simplesmente. No entanto, não deixa de ser verdade que, se bem utilizada, e com supervisão governamental, essa pode ser uma das maneiras eficientes de influenciar a conduta dos pequenos prestadores³⁹³.

³⁹¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 108.

³⁹² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 109-110.

³⁹³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 112.

4.6 Instituições financeiras

Um outro ator que pode exercer influência considerável na conduta dos regulados são os bancos e instituições de crédito de uma maneira geral. De fato, o risco de emprestar para uma empresa que não tem boas práticas comerciais e regulatórias pode ser bem grande – o caso da OI, em recuperação judicial, está aí para dar um exemplo concreto.

O mesmo raciocínio vale para seguradoras que, cobrindo riscos civis, correm maior risco quando, por não adotarem boas práticas do mercado, o segurado acaba sendo responsabilizado por ter causado algum dano. O fato é que a disponibilidade de seguro e o custo dos prêmios de seguro começaram a refletir cada vez mais o histórico de *compliance* do segurado, de maneira que as empresas com um histórico desfavorável “acharão cada vez mais difícil e caro obter seguro”³⁹⁴.

Em conclusão, para a teoria da *smart regulation*, terceiros comerciais e não comerciais podem desempenhar papéis importantes na persecução de objetivos regulatórios.

No entanto, eles não necessariamente se encarregarão, voluntariamente, de cumprir objetivos regulatórios específicos e, na ausência de intervenção externa, muitas das oportunidades potenciais para a atuação de terceiros podem nunca ser realizadas.

Assim, há um papel político essencial para o Estado de moldar, ordenar o mercado e facilitar as atividades construtivas das instituições não governamentais. Ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado se retira de muitas de suas funções regulatórias tradicionais, surgem inúmeras oportunidades para forjar novos papéis criativos, aproveitando instituições e recursos privados para a promoção de políticas públicas³⁹⁵.

³⁹⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 118.

³⁹⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 123-124.

Existem vários mecanismos legislativos ou administrativos pelos quais o Estado pode mobilizar recursos não governamentais para a promoção de metas regulatórias. Por conseguinte, eles podem³⁹⁶:

- recrutar terceiros para auxiliar em alguns aspectos de fiscalização, assim como os bancos são obrigados a relatar transações acima de certo limite;
- com o objetivo de informar os mercados ou outras instituições privadas em posição de promover a fiscalização, exigir a divulgação de certos aspectos das atividades de um regulado;
- oferecer incentivos para investimentos em autorregulação ou para a contratação de serviços profissionais que promovem *compliance* regulatório. Recompensas a terceiros pela atividade de vigilância e fiscalização são comuns em muitos sistemas regulatórios;
- contratar consultores privados em vez de confiar em informações dos regulados;
- aceitar padrões desenvolvidos no setor privado por associações sem fins lucrativos e dar-lhes status oficial.

Um modelo desenvolvido nos últimos tempos é o de “regulador de aluguel”, que, de certo modo, transfere a tomada de decisões regulatórias para profissionais licenciados que atendem diretamente os regulados³⁹⁷. Um dos casos de utilização desse modelo – *rent a regulator* – está no setor de resíduos sólidos nos EUA. O processo rígido e demorado de limpeza de resíduos perigosos administrados pelo Estado – por meio do qual um regulado deve solicitar permissão e aprovação estatal por meio de várias fases de processuais – está entre os resquícios da tradicional regulação comando e controle que vem cedendo espaço ante o novo modelo. Assim, em Massachusetts, nos EUA, a lei estadual exige que entidades reguladas contratem consultores privados – *licensed site professionals* (LSPs) – e recebam sua aprovação. O Estado termina fiscalizando pouquíssimos locais; na maioria deles, os LSPs tomam

³⁹⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing Environmental Policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 124-125.

³⁹⁷ SEIFTER, Miriam. **Rent-a-regulator: design and innovation in privatized governmental decision making (2006)**. Ecology Law Journal, v. 33, p. 1091, (2006), Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper nº 1378. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2770077>. Acesso em 20/2/2021.

a decisão final quanto à fiscalização e remédio aplicável e compatível com as melhores práticas³⁹⁸.

No programa de LSP, requer-se fiel cumprimento dos regulamentos; isso significa que, apesar dos incentivos econômicos e das demandas do cliente para economizar, os LSPs devem projetar e aprovar limpezas que cumprem integralmente a regulamentação³⁹⁹.

Como ponto de atenção, contudo, a literatura reporta que a supervisão do regulador em relação ao trabalho dos LSPs deixou muito a desejar e que, assim, auditorias revelaram muitos deslizes regulatórios – que, obviamente, também podem ocorrer no setor público. Mas, como o objetivo da teoria da *smart regulation* é a excelência regulatória, fica o claro alerta de que a participação de terceiros no processo é ponto de enorme atenção. As agências reguladoras devem atuar de forma proativa e reagir quando o regime regulatório funciona mal⁴⁰⁰.

4.7 Aplicando o princípio de fortalecimento dos terceiros

É improvável que a participação efetiva, consistente e perseverante de terceiros, particularmente de terceiros comerciais, aconteça espontaneamente no processo regulatório, pois pode ser que não tenham interesse no desempenho regulatório ou que lhes falem as informações necessárias, ou mesmo que tenham interesse comercial em manter ou acelerar um *status quo*. Resta, portanto, um papel significativo para o Estado: facilitar, catalisar e comandar a participação de terceiros para a melhoria regulatória⁴⁰¹.

Consistente com os princípios de design da teoria, o papel preferencial do Estado é o de criar as pré-condições necessárias para que terceiros assumam cada vez mais, quando possível, uma parcela maior da carga regulatória, em vez de o

³⁹⁸ Op. cit., p. 1097.

³⁹⁹ Op. cit., p. 1115.

⁴⁰⁰ Op. cit., p. 1146.

⁴⁰¹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 28.

Estado sempre intervir diretamente. Isso também reduzirá o consumo de recursos regulatórios escassos e proporcionará maior controle das questões regulatórias pela indústria e pela comunidade em geral. Dessa forma, o Estado atua, principalmente, como um catalisador ou facilitador. Em particular, pode desempenhar um papel crucial ao permitir uma escalada coordenada e gradual até uma pirâmide de instrumentos, preenchendo quaisquer lacunas que possam existir nessa pirâmide e facilitando as ligações entre suas diferentes camadas, como se verá em outro capítulo⁴⁰².

Afirmar a conveniência de um maior envolvimento de terceiros não significa que eles devem ser mobilizados em todas as circunstâncias. Fazer isso seria negligenciar os benefícios da parcimônia que deve permear toda atuação estatal regulatória⁴⁰³.

Na verdade, deve ser feita uma seleção criteriosa de terceiros em muitos cenários regulatórios. Ter muitos deles pode aumentar a carga regulatória sobre as empresas individuais a ponto de se tornar contraproducente⁴⁰⁴. Em uma situação muito sensível, porém, como no caso de uma situação potencialmente muito danosa, na qual nenhum instrumento tem confiabilidade suficiente, então a ponderação deve ser a favor de um número tão grande quanto possível de terceiros capazes de atuar de forma construtiva e complementar. Isso proporcionará robustez adicional ao processo regulatório⁴⁰⁵.

⁴⁰² Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 30.

⁴⁰³ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 31.

⁴⁰⁴ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 31.

⁴⁰⁵ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 31.

CAPÍTULO 5. A PREFERÊNCIA POR MEDIDAS MENOS INTERVENCIONISTAS

Em primeiro lugar é importante definir o que se quer dizer, na teoria da *smart regulation*, com “intervenção”, um termo que tem dois componentes principais: prescrição e coerção. A prescrição refere-se à medida que determina o nível, o tipo e o método de melhoria regulatória desejada. Uma intervenção é mais prescritiva na medida em que preordena com maiores detalhes esses aspectos. A coerção, por outro lado, refere-se à medida por meio da qual partes ou instrumentos externos pressionam – em geral por meio de sanções – uma empresa para melhorar seu desempenho. A título de exemplo, pode-se argumentar que a autorregulação é mais elevada em termos de prescritividade do que de coerção, ou seja, as empresas podem ser solicitadas a abordar questões específicas e adotar determinados comportamentos, conforme prescrito nos códigos de prática, mas há – em geral – menor pressão externa para garantir que suas obrigações sejam cumpridas.

Antes de se adentrar os pormenores do que é proposto pela teoria, faz-se mister assentar, em bases firmes – especialmente sobre as constitucionais – o fundamento de tal política intervencionista. Para tanto, como dito, colhem-se da própria ordem constitucional claras diretivas acerca do modo de atuação estatal na intervenção regulatória, especialmente quanto à sua abrangência e profundidade.

5.1 A livre iniciativa na ordem constitucional

O debate envolvendo a regulação estatal, há tempos, baseia-se em argumentos que tratam da necessidade de limitar a liberdade individual em prol do interesse público, por um lado, e preservar a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, por outro⁴⁰⁶.

A livre iniciativa é um dos principais constituintes dessa liberdade e é também fundamento da ordem econômica (art. 170 da CF). É uma liberdade relativa de fins e de meios, pela qual

(...) todos têm direito de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, da circulação e da distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados (PETTER, 2011, p. 41).

A liberdade de iniciativa econômica, uma das facetas da livre iniciativa, é colocada em risco quando se fazem exigências “desproporcionais para micros e pequenos agentes econômicos, de ordem burocrática, fiscal etc.”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda; DE GASPARI, Filipe Natal. **A regulação econômica na Era Vargas: análise da jurisprudência do STF sobre a quota de equilíbrio do café.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, nº 54, pp. 91-109, abr/jun 2016.

⁴⁰⁷ Op. cit., passim.

5.1.1 Os fundamentos da livre iniciativa

A livre iniciativa propõe-se a ser um meio de garantir aos indivíduos uma esfera de ação livre da interferência desnecessária ou desproporcional do Estado⁴⁰⁸.

Há uma estreita relação entre livre iniciativa, trabalho, livre exercício da profissão e autodeterminação, autorrealização humanas: tudo isso está relacionado com a livre escolha de seus fins vitais⁴⁰⁹. Por livre escolha, aqui, entende-se a escolha feita sem coerção ou determinação ou dirigismo estatal que sejam desarrazoados ou desproporcionais. Assim, a proteção constitucional à livre iniciativa abrange todos os aspectos da atividade empresarial, ou seja, “todos os comportamentos que se relacionam com o exercício de uma atividade empresarial e que sirvam ao desenvolvimento dela”⁴¹⁰.

Como qualquer outro direito fundamental,

(...) a liberdade de empresa, por um lado, garante aos indivíduos um âmbito de ação livre de interferência do Estado e, por outro lado, impõe ao Estado a obrigação de estabelecer as condições organizacionais – institucionais – que garantam a eficácia do exercício da lei. Neste último sentido, afirma-se que o reconhecimento do direito à liberdade de negócios acarreta objetivamente um “direito de organização”, isto é, que o Estado estabeleça o quadro institucional necessário ao exercício do direito (PAZ-ARES, 2003, p. 28).

Obviamente, é afirmação corrente de quem trata da livre iniciativa que as liberdades econômicas não podem ser exercidas sem o reconhecimento da propriedade privada dos meios de produção, sem liberdade contratual e a força vinculante dos contratos, sem o reconhecimento dos direitos de propriedade industrial etc.⁴¹¹

⁴⁰⁸ PAZ-ARES, Cándido; AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Un ensayo sobre la libertad de empresa**. In: Libro homenaje a Luis Díez-Picazo, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 3. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/343896761/Ensayo-sobre-la-libertad-de-empresa>. Acesso em 20/3/2021.

⁴⁰⁹ Op. cit., p. 4.

⁴¹⁰ Op. cit., p. 8.

⁴¹¹ Op. cit., p. 29.

5.2. A estrutura em que a liberdade de empresa se desenvolve: a economia de mercado

Quando se investiga a relação do Estado com a economia – parece difícil, hoje, falando de uma maneira geral, encontrar uma neutralidade constitucional sobre a matéria – o fundamental é extrair da Constituição se a intervenção do Estado tem limites e quais são eles; verificar quando a intervenção do Estado é obrigatória ou facultativa⁴¹².

O que se extrai da CF parece ser o fato de que se tem uma economia de mercado com limitações dadas pelo enfoque social dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado e pela própria atividade econômica. Nas palavras de Manuel Reyes, escritas para o contexto espanhol e comunitário europeu, mas plenamente aplicáveis ao caso brasileiro,

A propriedade privada e a livre iniciativa econômica privada estão sujeitas a condições, mas tais condições não podem fazer desaparecer esses direitos, apenas modulá-los. A iniciativa pública na economia e a existência de um setor público no plano econômico são reconhecidas, mas sem que essa concorrência entre o público e o privado possa levar ao desaparecimento, puro e simples, da economia de mercado. É o que se poderia chamar de “modelo genérico” em matéria econômica que a Constituição impõe. Sua delimitação é mais negativa do que positiva (como é o caso de qualquer modelo genérico): a economia inteiramente livre e a economia inteiramente dirigida são rejeitadas. (...) Qualquer que seja a ideologia que chegue ao poder em determinado momento, existem liberdades constitucionais que devem ser preservadas, mas também existem mandatos constitucionais que devem ser cumpridos (REYES, 2014, p. 26).

Como já foi dito, a economia de mercado pode ser modulada, mas deve-se respeitar um conteúdo mínimo e nele está certamente a livre iniciativa⁴¹³.

A importância capital da livre iniciativa, especialmente para os fins deste trabalho, reside no fato de que seu conteúdo “transcende a consideração puramente individual, na medida em que a empresa também se refere a uma atividade econômica organizada, de modo que esse direito está vinculado a outros direitos e liberdades que

⁴¹² REYES, Manuel Aragón; GONZÁLEZ, Herminio Losada. **La libertad de empresa**. In: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014, pp. 20-21.

⁴¹³ Op. cit., p. 22.

são seu acompanhamento necessário”, como propriedade privada, direito de associação, direito à livre escolha profissional e comercial, liberdade contratual em geral etc.⁴¹⁴

Uma das grandes problemáticas contemporâneas diz respeito à limitação dos direitos fundamentais, o que refoge do escopo deste trabalho. Observe-se tão somente que, se no Estado liberal a proteção à liberdade tinha cunho mais privatista e individualista, no Estado contemporâneo o foco das restrições está em geral mais conectado a decisões existenciais da pessoa humana, o que dificulta sobejamente o trabalho do intérprete em reconhecer as referidas limitações.⁴¹⁵

Daniel Sarmiento (2005, pp. 209-210), nessa mesma linha, também entende que a livre iniciativa pode ser “limitada por uma série de outros valores constitucionais e interesses públicos, e que pode ser objeto de restrições legislativas, desde que proporcionais”⁴¹⁶. É patente, portanto, que reconhecer o status constitucional da livre iniciativa não significa torná-la imune de toda e qualquer interferência do poder público, especialmente quando se trata de condicioná-la à sua função social e à justiça.

Até a Constituição de 1988, a livre iniciativa, apesar de integrada ao texto constitucional (art. 145 da CF/1946, art. 157, I, da CF 1967) sofreu importante desvirtuamento pelo modelo econômico estatal de então, caracterizado em grande parte pela absorção estatal de atividades econômicas. Assim, é “apenas com a Constituição de 1988 que há real inovação, quer na matéria, quer na própria substância, do discurso ideológico original da Ordem Constitucional Econômica como reflexo do contexto histórico de redemocratização, de valorização de direitos e regulamentação econômica”⁴¹⁷.

Um dos limites em geral lembrado da liberdade de iniciativa é o direito do consumidor. De fato, o art. 170, V, elenca o direito do consumidor como um dos

⁴¹⁴ Op. cit., p. 27.

⁴¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 14, 2005, p. 182.

⁴¹⁶ Op. cit., p. 209.

⁴¹⁷ André Guilherme Lemos Jorge; Alexandre Luna da Cunha. **A livre iniciativa da atividade empresarial: uma análise das decisões do STF sobre terceirização**. In: Direito empresarial: estruturas e regulação, v. 2 / André Guilherme Lemos Jorge; João Maurício Adeodato; Renata Mota Maciel Madeira Dezem. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018, p. 17.

princípios da ordem econômica. É preciso, contudo, que o direito do consumidor não seja um fator de estagnação econômica e produtiva do setor. Carlos Ari Sundfeld (2007, pp. 69-70) fala da guerrilha do setor consumerista que só procura vantagens a qualquer custo, propondo que se busquem ganhos reais aos usuários, como ampliação do acesso ao serviço, melhoria de informação etc. Em suas palavras, os órgãos de defesa do consumidor “têm de assumir novos valores, a defesa da inclusão social e da concorrência, reivindicando uma regulação ao mesmo tempo social e pró-competição. Insisto na necessária vinculação entre as duas regulações: a social e a pró-competição”⁴¹⁸.

A propósito, tal consideração se encaixa com aquilo que é defendido pela teoria de *smart regulation* no que diz respeito aos riscos de trazer para a mesa de debate regulatório organizações da sociedade civil que terminam por ter como objetivo uma atuação intransigente, sem exceção, de algum ponto geralmente afeto à sensibilidade do consumidor.

Retornando à livre iniciativa, tem-se que ela envolve tanto a liberdade de iniciar uma atividade econômica como de organizá-la, geri-la e conduzi-la⁴¹⁹. Nesse sentido, Canotilho fala no direito de gestão empresarial como decorrente da livre iniciativa⁴²⁰.

Apesar das limitações e condicionantes, o reconhecimento do caráter fundante do princípio da livre iniciativa em nossa ordem constitucional significa que ela acolhe, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr (1989, p. 91) “a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Essa espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas dirigindo, e com isso substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

⁴¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações**. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, nº 2, pp. 69-70, jan./jun. 2007.

⁴¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em 15/12/2015, pp. 6-7. Acesso em 20/3/2021.

⁴²⁰ CANOTILHO, J.J.G. **Parecer: A actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, e o “sistema Uber”**. Coimbra, 26/10/2015, p. 34. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em 20/3/2021.

Como afirma Daniel Sarmento, a livre iniciativa é uma emanção da liberdade do próprio indivíduo e um meio para promover a riqueza e o desenvolvimento⁴²¹. Dessarte, o padrão deve ser a liberdade para que os particulares iniciem e desenvolvam atividades econômicas, na medida em que a sociedade tende à prosperidade quando assegura os meios para que os particulares se desenvolvam⁴²².

A livre iniciativa é, portanto, vetor interpretativo fundamental de toda atividade interventiva do Estado na ordem econômica, que não pode desconsiderar o seu valor e os limites que impõe ao Estado⁴²³.

5.3 Autonomia privada

Em pé de igualdade com a livre iniciativa, ou até mesmo antes dela, em ordem lógica, a autonomia privada corporifica a possibilidade de o indivíduo buscar criar suas regras de conduta sem que haja interferência ou imposições forasteiras, podendo ser entendida como a capacidade que todo e qualquer ser humano possui de se autodeterminar, tomando decisões e realizando suas ações da forma que entender mais adequada, dentro, sempre, de determinados limites. Tais limites estão, hoje, em grande parte, demarcados pelos direitos fundamentais⁴²⁴.

Nessa toada, autonomia privada “não significa autossuficiência, e sim a manifestação de vontade por meio da fidelidade a certos pressupostos de validade trazidos pelo ordenamento jurídico”⁴²⁵. Por meio da autonomia privada, podem-se criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos em lei.

Há, basicamente, três espécies de limitações da autonomia: limitações objetivas, relacionais e subjetivas. Nas primeiras, impede-se a prática de determinada conduta de per si, pelo repúdio do ordenamento a elas. As limitações relacionais são

⁴²¹ SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em 15 de dez. de 2015, p. 8. Acesso em 20/3/2021.

⁴²² Op. cit., p. 9.

⁴²³ Op. cit., p. 9.

⁴²⁴ ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Tese de doutorado. UFBA, 2019, p. 38. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30090>. Acesso em 20/3/2021.

⁴²⁵ Op. cit., p. 49.

aquelas que buscam a proteção de terceiros de boa-fé, ao passo que limitações subjetivas dizem respeito ao próprio sujeito que pratica o ato. No âmbito da regulação, pode-se pensar na proibição de atos discriminatórios contra usuários como uma limitação objetiva, o dever de transparência ou divulgação de informações como limitação relacional e a aplicação de regime regulatório mais severo a um regulado “recalcitrante” como uma limitação subjetiva da autodeterminação.

Daniel Sarmiento (2005, pp.182-183) argumenta que a autonomia privada, um dos componentes primaciais da liberdade, implica um poder de “autogoverno de sua esfera jurídica” e isso de acordo com certos limites objetivos e subjetivos. Obviamente, isso não impede a intervenção estatal na autonomia privada, sobretudo quando isso se dá com fulcro na lei aprovada pelo Parlamento.⁴²⁶

5.3.1 O autorregramento da vontade como fundamento de atuação dos particulares nos negócios jurídicos

Pedro Nogueira (2011, p. 120) discorre tecnicamente acerca do papel da vontade nos negócios jurídicos, afirmando que “negócio jurídico é um ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico. A vontade não cria os efeitos, compõe o suporte fático que, após a incidência da regra jurídica, produz o fato jurídico do qual derivam os efeitos”.

Dentro do plexo de possibilidades do autorregramento da vontade tem-se que há liberdade nas tratativas preliminares ao negócio jurídico, liberdade de criação de novos modelos negociais, liberdade de estipulação da matéria ou substância do negócio jurídico e liberdade mesma de vinculação, que consiste na faculdade de celebrar ou não o negócio⁴²⁷.

⁴²⁶ Op. cit., p. 183.

⁴²⁷ Quanto à terminologia, fazemos nossas as palavras de Pontes de Miranda: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de autorregramento da vontade de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer autorregramento da vontade em direito público, o que seria falsíssimo. O que caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do Direito. Embora não questionemos aqui o uso da expressão “autonomia privada” no âmbito do Direito Civil – mesmo porque fugiria aos nossos propósitos –, não nos parece pertinente a sua utilização para

Um dos temas a ser enfrentados aqui é a possibilidade de existência de negócios jurídicos no âmbito da regulação. A objeção pode ser assim formulada: o Direito Administrativo opera no âmbito do regime público, no qual vige a estrita legalidade, descabendo, por conseguinte, espaço para autorregramento da vontade em tais condições. Assim, seria incompatível a incorporação da figura tipicamente privatística a um ramo do Direito Público. Seria uma fuga indevida para o Direito Privado⁴²⁸.

Afora o fato de que, no Brasil, a “utilização do regime jurídico-administrativo nunca impediu que o direito privado fosse também aplicado, seja na atuação interna da Administração Pública, seja em suas relações com os particulares”⁴²⁹, o autorregramento da vontade não opera em um vácuo normativo, podendo incidir, como uma espécie de categorial geral, “no contexto de cada disciplina [jurídica] específica a partir dos diversos setores do ordenamento jurídico, conforme suas respectivas exigências e peculiaridades”⁴³⁰, ou seja, sem que isso represente um regresso a uma autonomia privada baseada em desejos egoísticos.

Procurando adaptar as noções trazidas de lições processuais, parece ser possível falar em negócio jurídico regulatório quando: i) o direito em jogo, ainda que indisponível, for suscetível de autocomposição quanto ao seu modo; ii) houver preservação do equilíbrio do sistema regulatório como um todo, com base em um juízo de equidade e boa-fé; e iii) sejam observadas normas fundamentais do setor. Por fim, importante frisar que as três variáveis descritas acima serão controladas de acordo com o grau de interesse público envolvido. Quanto maior esse interesse, menor o espaço de autorregramento da vontade⁴³¹.

relacioná-la aos negócios processuais, razão pela qual optamos pelo termo “autorregramento da vontade”, mais genérico e abrangente, e de possível manipulação em outros subdomínios” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. t. 3, p. 56). Cf. também: REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 160.

⁴²⁸ Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999

⁴²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Transformações do Direito Administrativo**. In Revista de Direito da Administração Pública. Universidade Federal Fluminense, a. 2, v. 2, n. 1, jan/jun 2016, p. 188.

⁴³⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese de doutorado, UFBA, 2011, p. 138. Disponível em <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743>. Acesso em 20/3/2021.

⁴³¹ Op. cit., p. 145.

Para exemplificar, a qualidade na prestação do serviço é um direito indisponível do consumidor. Contudo, o modo como isso se dará pode ser objeto de autorregulação com autocomposição (entre agências, terceiros e empresas, por exemplo). Obviamente, tal ideia não constitui novidade alguma. Cite-se o caso do acordo de não persecução penal e a transação penal, a própria existência de acordo chancelada legalmente a partir de 2020 na Lei de Improbidade Administrativa.

5.4 Livre iniciativa e serviços públicos: a inexistência de uma conformação absoluta por normas públicas

Vitor Schirato afirma que existe forte visão doutrinária que reputa que o fato de determinado serviço ser erigido à categoria de serviço público implica uma restrição praticamente total à livre iniciativa. Com isso, haveria uma proibição de acesso dos agentes privados às atividades que constituem serviço público⁴³². Essa parece ser, inclusive, a posição de Alexandre Santos Aragão, para quem, no caso de serviços públicos, não se pode falar em restrição à iniciativa privada, “simplesmente porque ela sequer existe”⁴³³.

De fato, realmente assim tem sido considerado pela maior parte dos doutrinadores. Ainda pode-se acrescentar outra consequência: a restrição à livre iniciativa tem por consequência direta uma regulação estatal do tipo comando e controle. Parte-se, talvez, do raciocínio de que o titular do serviço é o Estado e, por esse só fato, ele deveria ter um controle rígido sobre o serviço.

Para Schirato, contudo, inexistente uma necessária supressão da livre iniciativa, em razão da livre instituição de um serviço público, e, se o serviço público se distingue das outras atividades econômicas, isso não se dá, porém, de maneira uniforme para todo e qualquer serviço público⁴³⁴. O autor defende que, para “que se possa aferir a possibilidade jurídica da instituição de serviço público como meio para a satisfação de

⁴³² SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 8

⁴³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, nº 102, p. 47, mar/abr 2017.

⁴³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 165.

determinado direito fundamental, será necessário realizar um exame de proporcionalidade entre a finalidade que se pretende alcançar com a instituição do serviço público (forma de satisfação do direito fundamental) e as restrições impostas ao direito fundamental da livre iniciativa”⁴³⁵.

Assim, para Schirato,

(...) a possibilidade jurídica de se instituir um determinado serviço público dependerá da proporcionalidade da medida em vista do direito fundamental à livre iniciativa, de tal forma que: (i) a instituição do serviço público deverá ser meio adequado à satisfação de um determinado direito fundamental; (ii) a instituição do serviço público deverá ser necessária à realização daquele determinado direito fundamental; e (iii) a restrição imposta ao direito fundamental à livre iniciativa deverá ser proporcional ao benefício emergente da satisfação do outro direito fundamental por meio da instituição do serviço público; daí, porque poderão se admitir gradações na limitação ao direito fundamental à livre iniciativa⁴³⁶ (SCHIRATO, 2011, p. 81).

Acredita-se que tal raciocínio pode ser extrapolado para a regulação de um serviço público: se é verdade que se trata de serviço público, de titularidade estatal, não é menos verdade que essa titularidade opera no mesmo contexto da normatividade jurídica que reconhece múltiplos valores à livre iniciativa, mesmo dentro de um serviço público, de tal forma que a restrição, se houver, deve ser a necessária e suficiente para alcançar o objetivo público. Ora, para regular um serviço é preciso fazer um juízo de ponderação sobre isso e não simplesmente afirmar-se que, por se tratar de serviço público, todas as restrições regulatórias podem ocorrer *tout court*.

Assim, o que Schirato argumenta para a restrição à livre concorrência – verificar se é necessária a restrição à competição levando em conta o bem dos usuários – pode ser extrapolado para a outra dimensão da livre iniciativa, que é a liberdade de desenvolver a atividade. Ou seja, ainda que se trate de serviço público – e, portanto, de titularidade estatal –, isso não implica uma perda completa da liberdade de desenvolvimento da atividade.

⁴³⁵ Op. cit., p. 79.

⁴³⁶ Ressalte-se que a própria Lei nº 8987/96, no art. 16, dispõe que a “outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

Para Schirato (2011, p. 93), a própria criação de um serviço público deveria levar em consideração se é necessária a restrição ao direito fundamental à livre iniciativa e em que medida ela o é. Destarte, o “Estado poderá agir de forma mais ou menos intensa, com restrição maior ou menor ao direito fundamental da livre iniciativa, conforme necessário e proporcional à satisfação do direito fundamental que deve ser satisfeito pela prestação de atividade qualificada como serviço público”.

Para Schirato, e a *smart regulation* caminha no mesmo sentido, não há como dividir, de antemão, regras abstratas que medirão a intensidade e o alcance das restrições à livre iniciativa no serviço público. Será necessária uma análise “específica para cada setor e para cada serviço público para que se possa aferir qual o conflito existente e qual o grau de restrição da livre iniciativa que é proporcional”⁴³⁷.

Apesar da controvérsia que paira sobre o assunto, aqui se entende, à guisa de exemplo, que os serviços de telecomunicações que são objeto de autorização, mencionados no art. 21 da CF/88, são atividades privadas, mas que, por apresentarem determinadas características específicas – como falhas de mercado, barreiras à entrada, relevância social etc. –, foram eleitas pelo Constituinte para uma supervisão mais próxima – não diríamos, necessariamente, uma regulação mais intensa do que outros serviços privados⁴³⁸. Em casos como esse, por óbvio, as restrições à livre iniciativa devem ser ainda menores do que as que existem no serviço público, como bem coloca Schirato:

(...) tem-se que a aplicação do dever de proporcionalidade na aferição da legitimidade das restrições impostas ao princípio da livre iniciativa encontra barreira mais clara no que se refere às atividades sujeitas a autorizações, uma vez que a restrição imposta a referido princípio nessa hipótese não pode ser tão intensa a ponto de excluir seu caráter de atividade privada. É evidente que há um interesse coletivo subjacente à atuação dos agentes autoritários. Entretanto, tal interesse não pode conduzir à transformação

⁴³⁷ Op. cit., p. 271.

⁴³⁸ Não se desconhecem as posições mais diversas sobre o tema. Por exemplo, Alexandre Santos Aragão, ao dizer que se trata de ordenação pública de atividades de titularidade privada, afirma que “seria sustentável que em nosso Direito os serviços públicos possuem um conceito amplo, identificando-se com todas as atividades de interesse da coletividade sujeitas aos princípios da continuidade e universalidade, sejam elas titularizadas pelo Estado ou pela iniciativa privada”. Cf. **O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico**. Autores Alexandre Santos de Aragão. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 223: 199-230, jan/mar 2001.

de atividade não sujeita ao regime jurídico de serviço público em atividade sujeita a tal regime jurídico (ARAGÃO, 2001, p. 278).

Floriano Marques Neto e Rafael Veras (2016, p. 83) também caminham nesse sentido, ao afirmarem que a livre iniciativa é um primado geral da Constituição e dela não se extrai norma alguma que diz respeito à inexistência de possibilidade concorrencial em serviços públicos⁴³⁹.

Indo ainda mais além, esses mesmos autores sustentam que, tirante o caso dos monopólios públicos, não existiria fundamento jurídico para a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito: ambas “deverão ser abertas às regras de mercado, mas sofrerão influxos regulatórios distintos, a depender das obrigações essenciais que lhe forem impostas, principalmente aquelas atinentes à universalização, de isonomia e de continuidade”⁴⁴⁰. Não se trata de categoria antagônicas por si só, dicotomicamente separadas por um abismo intransponível.

Assim, ainda que haja restrição à livre iniciativa, ela deve ser, contudo, justificada, proporcional, nunca presumida e automática. Florianos Marques e Rafael Veras (2016, p. 84) defendem que a regulação, mesmo quando ordenada pela Constituição Federal (art. 174), deve ocorrer na “dose” correta.

Tem-se, assim, não somente o que os autores chamam de racionalização da intervenção econômica, mas também na própria intensidade da regulação do serviço público.

5.5 A subsidiariedade e a ordenação estatal da economia

Não se pode deixar de mencionar, nesse passo, o princípio da subsidiariedade, que tem ligação fulcral com a própria livre iniciativa: propugnando esta pela prevalência do particular na vida econômica, o Estado assume papel, necessariamente, subsidiário quando as condições constitucionais o autorizem.

⁴³⁹ MARQUES NETO, Florianos de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, nº 56, p. 83, out/dez 2016.

⁴⁴⁰ Op. cit., pp. 83-84.

O papel do princípio da subsidiariedade é o de articular a ordem social, pois que

(...) o Estado não é uma comunidade de indivíduos, mas uma sociedade de sociedades, na qual a sociabilidade humana se desenvolve de forma gradativa natural, sem que as formas superiores tenham que absorver as inferiores, mas complementando-as para a conquista dos fins que só estes não alcançam (CALDERÓN, 2016, p. 140).

Pode-se dizer que o princípio da subsidiariedade tem dupla dimensão, e interligada: uma ético-política e outra jurídico-constitucional. A revelar a importância da primeira – preferência em favor do nível mais próximo do interessado em –, frise-se que ela já foi comparada, por seus efeitos, ao princípio da separação dos poderes. Relembre-se que uma de suas reafirmações no século XX ocorreu, pela Encíclica *Quadragesimo Anno*, em 1931, quando da expansão dos regimes totalitários na Europa. A segunda dimensão, por seu turno, é decorrência da primeira e predica uma normatividade orientada para o particular em detrimento do Estado, quando tal solução se mostrar possível⁴⁴¹.

O princípio da subsidiariedade é um princípio de organização social e política, pois é um princípio normativo que indica qual é a função da autoridade em uma sociedade com corpos sociais com âmbito de atuação diferentes, bem como quais são os limites para seu exercício.⁴⁴²

Em sua essência, “o princípio da subsidiariedade assume o caráter de limitação positiva da interferência do Estado na economia, não como fator impeditivo, mas sim como fator necessário à própria natureza da intervenção”⁴⁴³.

A ideia que o guia é a de que o Estado deve ser um interventor equilibrado, que só desempenha determinados papéis ou atividades na medida em que isso é

⁴⁴¹ D'ATENA, Antonio. **Subsidiariedade vertical e subsidiariedade horizontal na experiência constitucional italiana**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 4, nº 14, pp. 2-3, abr./jun. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=68489>>. Acesso em 31/3/2020.

⁴⁴² Duarte, Francisco Carlos, & Nacle, Isabella Cristina Costa. (2014). **Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal**. Sequência (Florianópolis), (68), p. 94. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p91>

⁴⁴³ Op. cit., p. 97.

necessário. Portanto, vai de encontro à noção de Estado totalitário ou ditatorial, mas também à de Estado mínimo liberal, isso porque o próprio princípio pode reforçar a atuação estatal quando esta se fizer necessária, sendo, ademais, necessário um Estado forte para bem fomentar, coordenar e regular os particulares em suas atuações⁴⁴⁴.

Como afirma Lucas Rocha Furtado,

Dos fundamentos acima indicados, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa são particularmente importantes para a definição das funções administrativas do Estado e dos limites da relação Estado-sociedade. Esses fundamentos reconhecem a capacidade de auto-organização da sociedade, conferem à própria sociedade a primazia na busca das soluções para as suas demandas materiais e jurídicas e tornam a interferência estatal subsidiária em relação à atuação dos agentes privados. Em função desse caráter suplementar da atuação estatal, decorrente, sobretudo, da adoção pela Constituição Federal do modelo da livre iniciativa, a atuação estatal direta na área social (...) deve ocorrer somente quando não houver parceiros privados interessados em desenvolver atividades tendentes à realização desses interesses. A atuação do Estado Social é subsidiária, porque se a própria sociedade for capaz de obter satisfação para suas necessidades, por seus próprios meios, não se justifica a atuação ou a intervenção pública direta (FURTADO, 2013, p. 35).

Para que a subsidiariedade faça sentido é preciso que se esteja diante de uma sociedade com certo nível de organização e força, com sociedades intermediárias, entre o Estado e o indivíduo, que tenham habilidade, sejam capazes de executar atividades descentralizadamente⁴⁴⁵.

Não se trata de pregar um “Estado fraco”; pelo contrário, e como já dito, pressupõe um Estado forte para preservar o interesse público no meio social; não se trata, também, de um modelo de Estado que enfrenta, sem autoridade, uma sociedade pluralista. Ao revés, a autonomia da sociedade, organizada em grupos que cuidam livremente de seus interesses variados, demanda um Estado com autoridade necessária à manutenção do interesse público⁴⁴⁶. O tema tem importante guarida no

⁴⁴⁴ Op. cit., 99.

⁴⁴⁵ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2011, pp. 92-93. Tese (doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-02052012-112904. Acesso em 2021/3/2021.

⁴⁴⁶ Op. cit., p. 94.

Direito Administrativo, pois este deve harmonizar a “relação entre indivíduo e sociedade, liberdade e autoridade, prerrogativa e garantia”⁴⁴⁷

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a subsidiariedade implica reconhecer um primado de atuação dos corpos sociais – denominados por Baracho de coletividades secundárias⁴⁴⁸ – sobre os corpos políticos, cabendo a estes a atuação quando a dos primeiros se mostrar insuficiente. Para ele, assim, o papel precípua e primário do Estado na atuação econômica é o de estimular e fomentar ações para que os particulares tenham condições de atuar.

O princípio da subsidiariedade “regula as relações de poder e finalidade, ou seja, diz respeito à relação entre níveis de concentração de poder e respectivos níveis de interesses a ser satisfeitos. Escalona atribuições em função do atendimento dos interesses da sociedade, obriga a repassar e a redefinir racionalmente os níveis de atuação individual, social e estatal. Segue um processo em que cabe, primeiramente, ao indivíduo decidir e atuar para satisfazer por seus próprios meios seus interesses”⁴⁴⁹.

Obviamente, a subsidiariedade diz respeito à limitação de atuação direta do Estado em determinada atividade, mas seu conteúdo não se esgota aí. É preciso reconhecer que, para além da atuação direta, a subsidiariedade também atinge a forma e a abrangência da regulação estatal, como se verá em seguida.

Concluindo seu estudo sobre o tema, Gustavo Sampaio (2011, p. 124) afirma que ele transita de “forma essencial” na Constituição Federal de 88, justamente por reclamar a descentralização do poder e reforçar a proteção aos direitos fundamentais.

Em uma visão crítica quanto ao tema, Cláudio Souza Neto e José Vicente Mendonça afirmam categoricamente que o princípio da subsidiariedade não possui status constitucional. Iniciam sua abordagem afirmando que não se pode ler o

⁴⁴⁷ Op. cit., pp. 94-95.

⁴⁴⁸ Baracho, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 200: 21-54, abr/jun 1995, p 47. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525>. Acesso em 20/3/2021.

⁴⁴⁹ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2011, p. 109. Tese (doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-02052012-112904. Acesso em 2021/3/2021.

princípio da livre iniciativa com lentes liberais *à la laissez-faire*. Para eles, junto da livre iniciativa, o legislador constituinte posicionou vários outros princípios de cunho social, de modo que o Parlamento pode conformar a atuação do Estado na economia com ampla liberdade, devendo ser rechaçadas interpretações restritivas quanto à criação de novos monopólios públicos somente por emenda constitucional, por exemplo⁴⁵⁰.

Por fim, André Cyrino Rodrigues e Pedro Sutter, em estudo sobre o tema, após percorrerem as críticas à subsidiariedade como princípio normativo da ordem econômica, sustentam, em visão acomodatória, que, no mínimo, deve-se compreender a subsidiariedade como um mandamento de “comedimento, o qual é inerente ao dever de proporcionalidade”, especialmente no que tange ao teste da necessidade.⁴⁵¹

5.6 Limites à regulação e subsidiariedade

A discussão acerca dos limites da regulação é importante porque, sem ela, como diria Tércio Sampaio Ferraz Jr., tais limites seriam deslocados para a própria prática do Estado, sendo que todos seriam forçados a ver como ele age para só depois saber o que dele se pode exigir⁴⁵². Sua relevância, ademais, está no fato de que, como pondera Floriano Marques Neto, a intervenção estatal na economia não é neutra. Assim, ao

(...) manejar competências reguladoras, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição. Age interferindo muitas vezes não só no setor diretamente visado pela regulação, mas nas demais etapas da cadeia produtiva. Isso é inerente ao seu papel de regulador da economia. Porém, este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da

⁴⁵⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. pp. 709-741, passim.

⁴⁵¹ CYRINO, André; SUTTER, Pedro. **O princípio da subsidiariedade, a Lei da Liberdade Econômica e a Constituição**. in *Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. (org.), 1ª ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 113.

⁴⁵² Alexandre Santos de Aragão. **O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 223, pp. 203-204. jan/mar 2001.

liberdade de iniciativa que, para além de ser basilar à ordem econômica (artigo 170, caput, da Constituição), foi eleito pelo constituinte como princípio fundamental da República (MARQUES NETO, 2003, p. 5).

Veja-se que o autor faz importante ligação entre os limites da regulação – sua intensidade e abrangência – com o princípio da livre iniciativa, o que significa dizer que o conteúdo normativo deste princípio postula a existência de limites constitucionais às restrições regulatórias.

Ao tratar dos limites à regulação, Floriano Marques o faz em duas vertentes distintas, isto é, indaga se há limitações quanto às atividades a sofrerem a incidência da regulação – trata-se do eixo horizontal das limitações – e, dado que um setor seja regulado, se há limitações à intensidade da regulação – eixo vertical⁴⁵³. O que particularmente interessa ao presente trabalho é o último eixo.

Para o autor, há limites à atuação regulatória predicada por dois princípios: o da subsidiariedade e o da proporcionalidade. O primeiro incidiria como limite à abrangência da regulação, enquanto o segundo poria lindes à profundidade dela. Acredita-se, contudo, que se possa fazer um refinamento na proposta do ilustre autor⁴⁵⁴.

Tome-se o caso de um setor regulado como o de telecomunicações. Levando-se em conta o critério da subsidiariedade, a regulação só deveria adentrar temas desse setor que não pudessem ser solucionados pela atuação das próprias empresas. Ou seja, a subsidiariedade atuaria não só como guia para regular ou não um setor, mas também um serviço dentro desse setor, uma atividade específica ou um problema pontual do setor. Assim, o setor de telecomunicações pode ser regulado, mas não necessariamente o prazo para conserto de uma rede de telecomunicações. Assim é que o Estado, ao analisar determinado setor, pode entender que, pela sua importância e necessidade de cumprimento de interesses públicos gerais, é necessária a regulação. Contudo, o setor conseguiria, até certo ponto, alcançar esses bens públicos em alguns casos, devendo a regulação incidir somente quando o próprio setor não conseguir fazê-lo.

⁴⁵³ Op. cit., pp. 5-6.

⁴⁵⁴ Op. cit., pp. 6 e 9.

Pelo princípio da subsidiariedade, não somente a atuação da autoridade deve ser feita levando em conta a capacidade dos corpos intermediários de atuação tendo em vista o interesse público, mas atinge, como bem pondera Floriano Azevedo Marques, a própria conformação da autoridade; em outras palavras, o princípio atua não somente na prática, no exercício da autoridade, mas opera em etapa anterior, pois limita a atuação legislativa quando da própria delimitação da autoridade⁴⁵⁵.

Floriano Marques assenta que

A ideia de subsidiariedade pressupõe a ideia de autonomia. Autonomia esta que pode se referir aos corpos sociais, às unidades federativas, à empresa ou mesmo ao indivíduo. Estes entes autônomos reuniriam a condição para perseguir seus próprios interesses e objetivos e, neste percurso, realizar as finalidades da sociedade. Apenas nas situações em que isso não se fizesse possível, predica a subsidiariedade, estaria justificada a ação estatal para suprir, complementar ou reforçar a ação autônoma (MARQUES NETO, 2003, p. 7).

Por isso é que, para Vital Moreira (2003, p. 8), a “autorregulação só não deve prevalecer quando ela se revele uma solução deficiente ou ineficiente”, o qual também afirma que “na teoria da regulação jurídica o princípio da subsidiariedade significa fundamentalmente o ‘princípio da subsidiariedade legislativa’, implicando uma postura de autocontenção ou de autorrestrição legislativa do Estado e de devolução de poderes regulatórios para estruturas não estaduais de autorregulação”.

Verifica-se, portanto, que a noção de subsidiariedade aqui apregoada vai ao encontro da diretriz enunciada pela teoria da *smart regulation* de que se deve preferir uma medida menos interventiva quando esta for suficiente para a preservação do interesse público.

Na linha de raciocínio de Floriano Marques Neto, o princípio da proporcionalidade é o limitador da regulação estatal em suas várias manifestações, como no

(...) âmbito dos procedimentos normativos (de modo a não prever restrições infralegais de caráter geral que exorbitem o quanto necessário à consecução das finalidades públicas justificadoras da regulação); quer no âmbito do poder

⁴⁵⁵ Op. cit., p. 7.

sancionador (onde revelar-se-á em sua plenitude, tal qual ocorre no direito penal, não só na avaliação da punibilidade, mas também na dosimetria da pena); quer no exercício do poder de polícia ínsito à atividade regulatória (predicando que as restrições e condicionamentos típicos do poder de polícia deverão observar os traços de necessidade e adequação acima divisados) (MARQUES NETO, 2003, p. 383).

Destarte, a proporcionalidade restará vulnerada quando o regulado for onerado com encargos excessivos, sendo que estes são os desnecessários para atingir os fins da regulação⁴⁵⁶.

5.7 Proporcionalidade dos mecanismos de regulação econômica

Na visão de Gustavo Marrone de Castro, a intervenção do Estado no domínio econômico pode ser relacionada a três clássicos subprincípios da proporcionalidade, ou seja, ela deve ser: adequada para atingir a finalidade constitucional regulatória; necessária, na medida em que o Estado não consegue atingir o objetivo e sempre de modo que promova o menor sacrifício da liberdade ou de outros princípios de não intervenção; e proporcional em sentido estrito, sendo que o custo da medida não deve superar os seus benefícios⁴⁵⁷.

Impõe-se, pela proporcionalidade, que, entre todas as medidas à disposição do regulador, ele opte pela “menos restritiva à liberdade de mercado”, passando-se para a medida mais restritiva seguinte somente se houver necessidade e isso, claro, somente se os benefícios – não meramente econômicos, diga-se de passagem – compensarem os custos⁴⁵⁸.

Outra manifestação da proporcionalidade é o de que somente devem ser “publicizadas as atividades de cada setor que sejam mais sensíveis ao interesse coletivo”; dito de outro modo, cabe ao legislador basear-se em juízo de necessidade sobre a assunção de determinada atividade como titularidade estatal, dados

⁴⁵⁶ Op. cit., p. 381.

⁴⁵⁷ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2011. Tese (doutorado em Direito do Estado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-02052012-112904. Acesso em 21/3/2021, p. 99.

⁴⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 223, p. 208, jan/mar 2001.

interesses específicos que só possam ser atingidos dessa maneira – como pode ser o caso de universalização de um determinado serviço em área pouco atraentes economicamente⁴⁵⁹.

Alexandre Aragão reconhece expressamente que o princípio da proporcionalidade predica a necessidade de se conjugarem instrumentos mandamentais com outros próprios de mercado⁴⁶⁰.

5.7.1 AIR e proporcionalidade

Apoiando-se em Eduardo Jordão, Fernando Leal, em profundo estudo sobre o princípio da proporcionalidade e a análise de impacto regulatório, afirma que parece estar sendo superado o tempo em que o Direito Administrativo se apoiava grandemente em princípios constitucionais para se chegar a uma situação em que esse ramo do Direito se preocupa com as consequências práticas das decisões administrativas e o funcionamento real das instituições – o escopo, por exemplo, da alteração de 2018 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Esse momento de transição dos referenciais básicos para a compreensão e desenvolvimento teórico, normativo e dogmático da área produz diversos efeitos⁴⁶¹.

Do ponto de vista metodológico,

(...) está ocorrendo uma redução de importância da proporcionalidade, que ganhou o mundo como principal instrumento de estruturação e condução de processos decisórios orientados na realização de princípios jurídicos em colisão, e havendo uma crescente ênfase em mecanismos percebidos como mais aptos para estruturar e orientar, concretamente, processos decisórios orientados na consideração de consequências. Se em um Direito Administrativo constitucionalizado, em que as possibilidades de justificação de escolhas administrativas são, paradoxalmente, tão amplas quanto as possibilidades de seu controle, o exame de proporcionalidade seria o último reduto de racionalidade para a tomada de decisão e para o controle das escolhas da administração, em um Direito Administrativo dito pragmático, a aspiração por racionalizar processos de decisão e de revisão de decisões

⁴⁵⁹ Op. cit., p. 223.

⁴⁶⁰ Op. cit., p. 224.

⁴⁶¹ LEAL, Fernando. **Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?** Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, nº 3, 2019, p. 314. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6278>. Acesso em 21/3/2021.

administrativas parece exigir uma nova caixa de ferramentas (LEAL, 2019, p. 314).

Nesse novo contexto, o otimismo anterior em torno da proporcionalidade – que foi transformado em frustração pela sua redução, na prática, a um rótulo vazio disponível para justificar qualquer decisão – estende-se, agora, a um novo candidato: a análise de impacto regulatório (AIR). Assim, o protagonismo exercido pela proporcionalidade no passado próximo, ou mesmo até o presente de um Direito Administrativo constitucionalizado, poderia passar a ser desempenhado pela análise de impacto regulatório no futuro de um direito administrativo orientado pragmaticamente. A euforia em torno da AIR é facilmente identificável. Se fora do país a sua defesa e o seu uso já não são uma novidade, recentes produções normativas, como a Lei nº 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e a Lei nº 13.848/2019, conhecida como “Nova Lei das Agências Reguladoras Federais”, revelam que sua rápida disseminação já começou⁴⁶².

Em um plano mais geral, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam como roteiros organizados de percursos de justificação de decisões de agentes públicos. Nessa perspectiva, a utilidade de cada um como instrumento capaz de promover racionalidade e, assim, contribuir para aceitabilidade de escolhas públicas, decorre da sua pretensão declarada de (i) conduzir o processo de justificação de escolhas administrativas, especialmente pela distribuição de ônus de prova e ônus de argumentação, (ii) possibilitar o conhecimento das razões que sustentam as decisões que sobre eles se sustenta, (iii) permitir, como consequência da etapa anterior, o seu controle crítico e, finalmente, (iv) abrir as portas para aprendizado institucional, seja pelo refinamento dos percursos de justificação existentes, seja pela sua substituição por novas alternativas após a sua aplicação frequente no tempo e em diferentes lugares⁴⁶³.

Como instrumentos metodológicos que estabelecem procedimentos de justificação, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam na medida em que ambos erguem a pretensão de ser compatíveis em relação a (i) distintos arranjos institucionais e (ii) diferentes teorias normativas sobre regulação. Isso significa que a

⁴⁶² Op. cit., p. 314.

⁴⁶³ Op. cit., p. 315.

sua utilidade para a justificação de decisões se extrai de sua pretensão de neutralidade em relação a esses elementos, o que as torna, por um lado, comportáveis a diversas teorias normativas e facilmente acomodáveis em diferentes modelos de governança, mas, ao mesmo tempo, muito sensíveis a essas variáveis⁴⁶⁴.

Assim, a AIR, na linha de quanto descrito por Fernando Leal, pode estar a serviço prioritário de valores como eficiência, igualdade ou reforço de uma comunidade deliberativa, conforme ela esteja relacionada, respectivamente, a propostas normativas orientadas (i) em elementos de teoria da escolha racional preocupadas com o controle político da burocracia (notadamente a partir da dinâmica principal-agente), (ii) na produção de oportunidades iguais para grupos de pressão participarem do processo de formação da vontade regulatória ou (iii) na permeabilidade para a participação direta de grupos de interesse público, organizações da sociedade civil e cidadãos individualmente. Como antecipado, grande parte do apelo para a utilização e expansão da AIR e da proporcionalidade se extrai da associação dos procedimentos de justificação postos por cada um deles com epítetos como “racional”, “neutro”, “objetivo” e “científico”⁴⁶⁵.

Graças a essas relações, ambos não seriam permeáveis aos juízos políticos, nem aos vieses das instituições que os desenvolve. Por esse motivo, nem a proporcionalidade nem a AIR poderiam ser instrumentalizados para a realização de preferências pessoais dos tomadores de decisão. Tampouco poderiam ser os dois afetados por erros de julgamento decorrentes de “déficits cognitivos de reguladores, juízes, legisladores e controladores que deles se servem para orientar as suas decisões”. Não se pode descartar, contudo, que por trás das pretensões de neutralidade e racionalidade da AIR e da proporcionalidade haveria um otimismo ingênuo em relação ao seu potencial desvirtuamento para justificar juízos de valor *a priori*. O que há de comum entre as duas críticas é, no fundo, o ataque à crença de que é possível obter conhecimento a partir de uma sequência organizada de passos capazes de anular as expectativas e preferências de quem é chamado a aplicá-los⁴⁶⁶.

Pensando nisso é que Fernando Leal sugere, baseando-se na experiência de jurisdições europeias (especialmente do Reino Unido), que se deve garantir a

⁴⁶⁴ Op. cit., p. 325.

⁴⁶⁵ Op. cit., p. 326.

⁴⁶⁶ Op. cit., p. 333.

stakeholders um papel mais proeminente nas AIRs, tendo tal prática se revelado importante para determinar a magnitude de efeitos de alternativas decisórias, tornar reguladores conscientes das consequências indesejáveis de suas possíveis escolhas e auxiliar na criação de normas e no desenvolvimento de procedimentos efetivamente aplicáveis⁴⁶⁷.

Para o escopo da presente tese, essa excursão sobre a AIR serve para reforçar não somente a necessidade, ou ao menos a grande conveniência, de adoção de uma teoria de base para a atuação do regulador, mas também demonstrar que estratégias que confiem muito em determinado instrumento tendem a não ser vencedoras no longo prazo.

5.8 A questão da livre iniciativa e o serviço público – as incompreensões do STF

Repisando quanto já debatido: para uma correta compreensão do papel da livre iniciativa nos serviços públicos, a visão que se deve ter deles é a de que nada mais são “do que um instrumento para a realização dos direitos fundamentais, em função dos quais não pode mais ser considerado como prerrogativa estatal que desautoriza, em qualquer circunstância, o exercício da atividade por particulares – as quais muitas vezes podem prestá-lo com maior eficiência –, tampouco pode ficar sujeito a um único regime jurídico, eis que as atividades são muito distintas para serem submetidas ao mesmo regime”⁴⁶⁸. Pela visão da proporcionalidade, dada a existência de um serviço público, “a restrição à atividade deve ser entendida como uma possibilidade, sendo que o Estado deve decidir quando ele vai internalizar a oferta de serviço e quanto ele vai abrir para a liberdade de iniciativa e como”⁴⁶⁹.

Em estudo sobre como o princípio da livre iniciativa é manejado no STF, Giancarlo Possamai chega à conclusão de que, fazendo análise no mais das vezes superficiais e com retórico distributivista, os ministros do STF tendem a colocar a livre

⁴⁶⁷ Op. cit., p. 341.

⁴⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, p. 69, abr/jun 2014.

⁴⁶⁹ Op. cit., p. 73.

iniciativa abaixo de outros direitos fundamentais de cunho social, sem que o façam traçando especificamente os limites dessa liberdade, sem delimitar concretamente a sua conformação⁴⁷⁰.

Não obstante, as decisões selecionadas evidenciam que o STF é hostil à “tese da mínima intervenção, que tem a autorregulação do mercado como regra, sendo o papel desempenhado pelo Estado na economia subsidiário ao do particular. A Corte, ao contrário, atribui ao setor público funções mais diretas, e isso explica o fato de aderir à grande maioria das medidas regulatórias que são lá questionadas”⁴⁷¹.

Os acórdãos nos quais o STF rejeitou a intervenção estatal, em contrapartida, contêm algumas considerações importantes, e talvez a principal delas seja a rejeição ao controle de preços como instrumento de política econômica. Essa orientação fica bem clara no caso das empresas do setor sucroalcooleiro (RE 422941) e na condenação imposta à união pelo congelamento das tarifas aéreas nos anos 1980 e 1990 (RE 571969127). Conforme Giancarlo Possamai (2014, p. 89), “nestes dois julgamentos, o núcleo da discussão se referia à possibilidade de o governo colocar em marcha iniciativas típicas de economias planificadas, ignorando regras elementares do capitalismo – como a lei da oferta e da procura. Não obstante, as decisões tiveram mérito de revelar a objeção do STF a este tipo de ato, para quem o Poder Público deve assumir as consequências econômicas dele decorrentes, compensando os prejuízos trazidos ao empresariado”.

5.9. A menor intervenção possível na teoria da *smart regulation* e sua aplicação

Essa breve excursão doutrinária acerca da livre iniciativa foi feita, como dito, para que não se questione a compatibilidade desse terceiro princípio da teoria da *smart regulation* com o ordenamento jurídico brasileiro.

Classificar categorias de instrumentos de acordo com o nível de intervenção, portanto, requer um equilíbrio ou avaliação das respectivas contribuições dos dois

⁴⁷⁰ Giancarlo Bernardi Possamai. **Livre iniciativa e limites à regulação estatal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado (PUC-SP), 2014, p. 86.

⁴⁷¹ Op. cit., p. 88.

componentes constituintes, prescrição e coerção. Há uma variedade de razões pelas quais, tudo o mais sendo igual, abordagens menos intervencionistas devem ser preferidas a outras mais intervencionistas.

Especificamente, medidas altamente intervencionistas são mal avaliadas em termos de pelo menos dois critérios: eficiência e aceitabilidade política. Em termos de eficiência, os instrumentos altamente coercitivos, geralmente, requerem recursos administrativos substanciais em termos de monitoramento e fiscalização, sem os quais são provavelmente ineficazes. Instrumentos altamente prescritivos carecem de flexibilidade e não facilitam soluções de menor custo⁴⁷².

Ademais, estratégias altamente intervencionistas também podem resultar em um gasto desnecessário de recursos para monitorar aqueles que estariam dispostos a cumprir voluntariamente a regulação menos intervencionista; a regulação intervencionista pode forçar as grandes empresas a gastarem grande soma de recursos que satisfaça requisitos altamente prescritivos que não fornecem a solução de menor custo para o problema a ser resolvido. Por todas essas razões, as abordagens altamente intervencionistas são, na maioria das vezes, menos eficientes do que outras alternativas.

É improvável que a alta intervenção seja tão eficaz quanto as abordagens alternativas, essencialmente porque os “recrutados” geralmente respondem menos favoravelmente do que os “voluntários”. Os regulados são muito mais receptivos a incentivos econômicos positivos, como subsídios e créditos fiscais, do que aos negativos, como impostos e taxas⁴⁷³.

Acrescente-se, ainda, que medidas muito coercitivas podem ser contraproducentes. Em particular, podem causar ressentimento e resistência daqueles que as consideram uma intervenção injustificável e intrusiva em seus negócios em vez de uma resolução construtiva de problemas ambientais. Por exemplo, o legalismo adversarial do tipo que caracteriza muitas agências pode gerar

⁴⁷² ⁴⁷² Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 10.

⁴⁷³ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 11.

uma cultura de resistência regulatória. O resultado pode ser o dispêndio de grande soma de recursos (e empresariais) em disputas administrativas e jurídicas totalmente improdutivas⁴⁷⁴.

Não é novidade que a forte intervenção também tende a ter uma pontuação muito ruim em termos de aceitabilidade política – esse é particularmente o caso em setores com uma história e cultura de independência e forte ressentimento com a intervenção regulatória do governo⁴⁷⁵.

Em contraste com os problemas de alto intervencionismo descritos, opções de baixa intervenção, na medida em que são viáveis – encontram sujeitos receptivos, podem ser monitoradas pelo regulador, pode-se contar por supervisão e auxílio de terceiros –, têm a vantagem considerável de proporcionar maior flexibilidade às empresas na sua resposta, menor resistência, maior legitimidade, maior rapidez na tomada de decisões, sensibilidade às circunstâncias do mercado e custos mais baixos⁴⁷⁶.

Há evidências consideráveis de que um instrumento regulatório tem mais probabilidade de produzir conformidade e uma mudança positiva de atitude se for percebido como não coercivo. Em outras palavras, “é muito melhor se os valores públicos de um sistema regulatório forem internalizados como valores privados dos gestores da empresa”. Do ponto de vista do regulador, um foco em abordagens menos intervencionistas também tem a vantagem de liberar recursos regulatórios escassos que podem ser redirecionados contra aqueles que não desejam ou não podem responder a tais medidas e contra os quais não há alternativa viável para a implantação de instrumentos altamente intrusivos⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 11.

⁴⁷⁵ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 12.

⁴⁷⁶ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 12.

⁴⁷⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 12.

Obviamente, parte-se da suposição, ao se “começar com a medida política menos intervencionista”, de que a medida realmente funciona – como dito acima –, ela precisa ser viável. Em alguns casos, isso significará que “o que funciona” requer um nível relativamente alto de intervenção, mas, mesmo nesses casos, ainda deve ser possível aplicar o princípio de menor intervenção. Portanto, o princípio não implica o endosso, por exemplo, da autorregulação ou das soluções de livre mercado *per se*. De fato, ambos os mecanismos têm deficiências e só são susceptíveis de ser viáveis em determinados contextos. No entanto, na medida em que, e nas circunstâncias em que são viáveis, o princípio implica que devemos preferi-los a alternativas mais intervencionistas⁴⁷⁸.

Tendo estabelecido, assim, as razões pelas quais os reguladores deveriam preferir combinações de políticas menos intervencionistas, passa-se a analisar como isso pode ser alcançado na prática. Em termos gerais, os instrumentos regulatórios estarem localizados em um *continuum* do menos ao mais intervencionista⁴⁷⁹.

Na prática, muitas vezes, é necessário examinar instrumentos individuais em vez de meramente categorias de instrumentos, porque o nível de intervenção pode variar consideravelmente dentro de cada categoria. Por exemplo, nem todos os instrumentos baseados em divulgação de informação podem estar localizados próximos ao polo não intervencionista do *continuum*. Ao contrário, um instrumento de informação – como o que pede para as concessionárias fazerem um rol de todos os bens reversíveis – pode ser bastante coercitivo e intrusivo.

Isso significa dizer que pode haver um alto nível de coercitividade associado a uma medida específica localizada em uma categoria mais ampla que geralmente é percebida como sendo de baixa intervenção. O nível de intervenção também pode variar muito em termos de como um determinado instrumento é utilizado, de forma

⁴⁷⁸ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 13.

⁴⁷⁹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 13.

que o mesmo instrumento pode tender mais ou menos para a coerção a depender de seu aplicador⁴⁸⁰.

Ao aplicar o princípio da mínima intervenção, os reguladores devem ter em mente que, na maior parte das vezes, a intervenção branda só faz sentido se se puder, a qualquer momento, elevar o nível de intervenção, se e quando necessário, com vários instrumentos e/ou combinações de instrumentos, ou seja, a intervenção regulatória não é necessariamente uma questão de escolher um instrumento em preferência a outro em um sentido estático, mas sim de invocar uma sequência temporal de instrumentos, conforme descrito no próximo capítulo. Uma outra possibilidade é segregar as empresas em diferentes fluxos de intervenção regulatória, por meio de assimetria regulatória, a depender da resposta de cada uma à proposta de flexibilidade regulatória⁴⁸¹.

Por fim, ao analisar quais instrumentos utilizar, em que intensidade e qual a ótima combinação deles, um dos problemas que podem surgir, em geral decorrente do uso de vários instrumentos, é a elevação da carga regulatória. Esse problema foi reconhecido por Cass Sunstein, para quem alguns dos requisitos impostos pelas agências podem ser considerados sensatos, individualmente, mas considerados como um todo, eles podem ser desnecessariamente redundantes, inconsistentes, sobrepostos e imensamente frustrantes⁴⁸².

Segundo Alexandre Santos Aragão, apesar de a atuação do Estado sobre a economia se justificar para fazer valer valores que de outra forma não poderiam ser satisfeitos, isso não pode ser feito de qualquer modo, mas sempre tendo em vista “a

⁴⁸⁰ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 13-14.

⁴⁸¹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 14.

⁴⁸² Cass R. Sunstein. **The regulatory lookback**. 94 *B.U. L. Rev.* 579 (2014). Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/776_Sunstein.php. Acesso em 21/3/2021.

liberdade de empresa e, sobretudo, os limites substanciais” ditados em especial pela proporcionalidade para o legislador e o regulador⁴⁸³.

Para tanto, como já amplamente visto, a restrição deve ser a menor possível para alcançar o objetivo e ser adequada aos fins perseguidos. Em vista disso, as restrições à liberdade econômica devem “operar apenas em um degrau (ou esfera)”, passando para a fase seguinte “tão somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados”⁴⁸⁴.

Observe-se que a proporcionalidade também tem aplicação nas relações especiais que os particulares mantêm com o poder público, comumente denominadas relações de sujeição especial.

Uma concessionária que mantém um contrato com o poder público, nessa visão, está inserta não na supremacia geral da administração pública, mas em uma relação de sujeição especial. De acordo com a bem ponderada observação de Alexandre Aragão,

As chamadas relações de sujeição especial não são um âmbito em que os sujeitos ficam despojados dos seus direitos fundamentais ou em que a administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não se dão à margem do Direito, mas dentro dele e, portanto, também nelas têm vigência os direitos fundamentais, de forma que a administração não goza nestas relações de sujeição especial de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esta possa ser outorgada em termos que não seriam aceitáveis em relações de sujeição geral (ARAGÃO, 2001, p. 216).

5.9.1 O teste da proporcionalidade

Ao avaliar a proporcionalidade das disposições regulatórias, deve-se considerar, entre outros⁴⁸⁵: a) natureza dos riscos relacionados com os objetivos de

⁴⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 223, p. 207, jan. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48318>>. Acesso em 27/10/2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v223.2001.48318>.

⁴⁸⁴ Op. cit., p. 208.

⁴⁸⁵ **Directive of the european parliament and of the council on a proportionality test before adoption of new regulation of professions**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32018L0958>. Acesso em 21/3/2021.

interesse público visado, em particular os riscos para os consumidores, profissionais ou terceiros; b) a adequação da disposição, nomeadamente no que diz respeito à sua adequação para atingir o objetivo perseguido e se reflete efetivamente esse objetivo de forma coerente e sistemática; c) a necessidade da disposição e, em particular, se as regras existentes de natureza específica ou mais geral, como a legislação em matéria de segurança dos produtos ou de defesa do consumidor, são (in)suficientes para proteger o objetivo pretendido; d) os desenvolvimentos científicos e tecnológicos que podem reduzir a assimetria de informação entre profissionais e consumidores; e) impacto econômico da medida, nomeadamente no que diz respeito ao grau de concorrência no mercado e à qualidade do serviço prestado; f) a possibilidade de utilizar meios menos restritivos para alcançar o objetivo de interesse público; g) o efeito cumulativo das restrições ao acesso e ao exercício da profissão e, em particular, a forma como cada um desses requisitos contribui e se é necessário para atingir o mesmo objetivo de interesse público.

Entende-se, portanto, que, com apoio nas diretivas da teoria da *smart regulation*, e baseando-se na normatividade da livre iniciativa, subsidiariedade e proporcionalidade, o regulador possui um poderoso instrumental regulatório para atingir um nível ótimo de regulação. Falta, apenas, algo para guiá-lo no emaranhado das diversas combinações dos instrumentos, o que será feito no próximo e último capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO 6. A BUSCA PELA PIRÂMIDE DE INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS

De tudo quanto dito, está claro que há instrumentos e instituições que frequentemente impactam e influenciam uns aos outros e há muito a aprender com o estudo de instrumentos funcionais e disfuncionais e interações institucionais⁴⁸⁶.

Ademais, afirmou-se, no capítulo anterior, que a preferência deve ser dada às medidas menos intervencionistas, contanto que funcionem. No entanto, nem sempre é evidente para os reguladores se uma determinada medida que pretendem usar funcionará ou não, principalmente por duas razões – como já dito e importa frisar novamente. Em primeiro lugar, um determinado instrumento pode ser eficaz em influenciar o comportamento de alguns, mas não de outros (sugerindo a necessidade de a regulação ser responsiva aos diferentes comportamentos de diferentes

⁴⁸⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 125-126.

regulados). Em segundo lugar, um instrumento específico que, antes de sua introdução, parecia ser viável, pode, à luz da experiência prática, provar que não o é (sugerindo a necessidade de sequenciamento de instrumento para aumentar a confiabilidade).

Como se verá, as estratégias necessárias para lidar com essas duas questões envolvem uma combinação mais ampla de instrumentos e o recrutamento de uma gama mais ampla de partes interessadas⁴⁸⁷.

6.1 A dosagem de regulação e autorregulação – uma primeira visão

Na definição de Floriano Marques (2011, p. 8), “regulação estatal é a função pública de intervenção, em face da ordem econômica, pela qual o Estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito econômico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público”.

Segundo o mesmo autor (2011, p. 10), a opção por uma ou outra forma de regulação depende da aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Dessarte, a regulação estatal deve ocorrer: 1) quando o próprio setor regulado não conseguir/puder atingir sozinho os fins de interesse público visados pela regulação; 2) na medida estritamente útil, necessária e adequada à defesa do interesse coletivo⁴⁸⁸.

Para esse autor, o critério divisor de águas para adoção da regulação ou autorregulação se encontra na linha divisória dos interesses protegidos. Por conseguinte, havendo “objetivos públicos para o setor”, a regulação estatal é mais recomendada, bem como quando houver hipossuficiências a ser tuteladas. Por seu turno, a autorregulação se justifica quando “os interesses envolvidos forem

⁴⁸⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 14-15.

⁴⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2011, nº 33, p.10.

predominantemente privados”, não houver significativas barreiras à entrada e, outrossim, a regulação estatal puder colocar em risco outros princípios inerentes às atividades reguladas⁴⁸⁹ – ele cita o caso da liberdade de expressão na possível regulação de jornalistas.

Ademais, Floriano Marques também sustenta a possibilidade de convivência entre os dois regimes, situação na qual existiria um arranjo de autorregulação apoiado por regulação estatal, que utilizaria mecanismos de autorregulação para atingir alguns de seus objetivos⁴⁹⁰.

Já para Egon Moreira (2016, p. 215), a regulação compreende tão somente “a fixação compulsória do comportamento econômico alheio, seja qual for o modo de sua implementação”; caso não haja esse caráter de compulsoriedade, não há que se falar em regulação⁴⁹¹. Em um sistema regulatório mais flexível, em que imperam sugestões de conduta, não inseridas em uma estrutura típica de norma (hipótese abstrata, mandamento e sanção), não haveria regulação.

Uma regulação concertada, implicando um ato de vontade prévio entre aqueles que se autorregulam, só poderia ser considerada como regulação por meio de uma “transposição alegórica” de conceitos.

A premissa de que parte o autor é a seguinte:

Ora, se regular é definir o comportamento dos agentes nos respectivos mercados e se os agentes econômicos sempre se comportam de molde a atingir os seus interesses egoísticos particulares e obter os melhores resultados lucrativos, seria por demais ampliativo reputar que a adoção espontânea num ambiente de coordenação de interesses (seja ela sugerida ou induzida) representaria atividade regulatória. Pode ter consequências comportamentais nos demais agentes, mas não a ponto de as qualificar como regulação econômica em sentido estrito (MOREIRA, 2016, p. 217).

⁴⁸⁹ Op. cit., p. 10.

⁴⁹⁰ Op. cit., p. 10.

⁴⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016, p. 215. Disponível em <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/o-direito-administrativo-contemporeneo-e-suas-relacoes-com-a-economia/>. Acesso em 21/3/2021.

Ou seja, para Egon Moreira (2016, p. 219), “A única forma de intervenção regulatória que faz com que os agentes econômicos adotem outras condutas empresariais reside na disciplina de Direito Público de sua atividade”.

Essa intervenção regulatória, para o professor do Paraná, deve ser “sensata”, isto é, “proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo”, eis que o Estado brasileiro deve sopear dois interesses: o público e o privado⁴⁹². A base para tanto ele a coloca na liberdade de iniciativa, liberdade de empresa e concorrencial, consagradas na Carta Constitucional de 1988⁴⁹³.

Logo, intervenção sensata é intervenção comedida, mas firme, funcionalizada em razão dos paradigmas de interesse público e direitos fundamentais titularizados pelos agentes privados no mercado⁴⁹⁴.

Para Egon Moreira, o princípio da subsidiariedade não tem aplicação quando se trata de serviço público, eis que, por seu domínio do próprio Estado, a ele cabe atuar, direta ou indiretamente⁴⁹⁵. Ocorre que, na linha do já exposto neste trabalho, se é certo que há um dever de atuação do Estado na seara dos serviços públicos, o modo como se dá essa atuação, mesmo nos serviços públicos, deve respeitar os ditames constitucionais. Às vezes, ponderando todas as situações e princípios em jogo, o Estado pode perceber que uma opção regulatória mais flexível é possível e melhor para o caso concreto.

6.1.1 Uma visão responsiva das escolhas regulatórias

Quando Braithwaite (2016, p. 424) se propôs a entender como se dava a regulação da segurança em minas de carvão, sua intenção não era testar nenhuma teoria. A descoberta da teoria regulatória responsiva não teve nada a ver com sua visão teórica, nem com seu coautor subsequente, Ian Ayres, que inventou o termo “regulação responsiva”. A regulação responsiva foi algo qualitativamente observado.

⁴⁹² Op. cit., p. 248.

⁴⁹³ Op. cit., p. 248.

⁴⁹⁴ Op. cit., p. 125.

⁴⁹⁵ Op. cit., p. 257.

O que Ayres e Braithwaite fizeram foi dar uma consistência teórica à prática examinada.

Uma janela para esse problema de consistência de aplicação das estratégias regulatórias é fornecida pela pirâmide de aplicação de estratégias, que concebe uma regulação responsiva essencialmente em termos de cultura regulatória dialógica na qual os reguladores sinalizam para a indústria seu compromisso de escalar sua resposta de aplicação sempre que níveis mais baixos de intervenção falhar. De acordo com o modelo de Braithwaite, os reguladores começam, em tese, assumindo virtude das empresas, que deveriam responder oferecendo cooperação, mas, quando as expectativas do regulador são frustradas, eles respondem com estratégias progressivamente punitivas e dissuasoras até que o regulado se conforme⁴⁹⁶.

O ponto central do modelo de Braithwaite é a necessidade de (i) escalada gradual de um conjunto de estratégias previamente definido (pirâmide de estratégias e punições) e (ii) a existência de um pico ou ponta confiável que, se ativado, será suficientemente poderoso para deter até mesmo o ofensor mais flagrante. A escalada gradual (em vez de qualquer mudança abrupta de baixo para alto intervencionismo) é desejável porque facilita a resposta “olho por olho” por parte dos reguladores, que constitui a base para a regulação responsiva. O segundo ponto é importante não apenas por causa de seu valor de *deterrence*, mas também porque garante condições equitativas, em que os virtuosos não são prejudicados por uma determinação geral mais draconiana⁴⁹⁷.

Para os propósitos da teoria da *smart regulation* é possível reconceptualizar e ir além da pirâmide de Braithwaite de duas maneiras importantes.

Em primeiro lugar, a pirâmide de Braithwaite preocupa-se com o comportamento e a interação entre apenas duas partes: regulador (estadual) e regulador (comercial). No entanto, há também um espaço muito considerável para terceiros, tanto comerciais quanto não comerciais, atuarem como importantes auxiliares na regulação, como já amplamente visto. Consequentemente, uma pirâmide

⁴⁹⁶ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 15.

⁴⁹⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 15.

de estratégias regulatórias pode ser útilmente concebida como tendo três faces, cada uma delas representando, respectivamente, o Estado, os regulados e terceiros (comerciais e não comerciais). Com base nesse modelo, a escalada (ou seja, o aumento da coerção) seria possível em qualquer face da pirâmide e não apenas (como no modelo de Braithwaite) em termos de ação governamental: a escalada também seria possível na segunda face (por meio da autorregulação, quando ainda não houvesse regulação alguma, por exemplo) ou na terceira face (por meio de uma variedade de ações de terceiros comerciais ou não comerciais, ou ambos)⁴⁹⁸.

Para dar um exemplo concreto de escalada na terceira face, os autores citam o desenvolvimento do Forest Stewardship Council (FSC), que é um sistema de definição de padrões ambientais globais para produtos florestais. O FSC estabelecerá padrões que podem ser usados para certificar produtos florestais como manejados de forma sustentável e, também, irá “certificar os certificadores”. Pretende-se, com essa medida, influenciar a mudança da demanda do consumidor e fomentar a criação de grupos de compradores exigentes ambientalmente e outros mecanismos para institucionalizar a demanda do “consumidor verde”, ou seja, seu sucesso dependerá, em grande parte, de influenciar a demanda do consumidor. Embora o envolvimento do Estado, por exemplo, por meio de endosso formal seja valioso, o esquema é essencialmente independente: da base ao pico (certificação, sanções do consumidor e boicotes), ele é inteiramente baseado em terceiros – no sentido aqui utilizado. Dessa forma, pode-se criar um “novo sistema institucional para o estabelecimento de padrões [ambientais] globais”, totalmente independente do governo⁴⁹⁹.

Em segundo lugar, a pirâmide da regulação responsiva preocupa-se com a melhor forma de adequar as respostas de fiscalização dentro de uma única categoria de instrumento, especificamente, regulamentação estatal, em vez de como melhor utilizar uma variedade de instrumentos.

Em contraste, a pirâmide da *smart regulation* concebe a possibilidade de regulação usando uma série de instrumentos diferentes em várias dimensões (ou

⁴⁹⁸ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 16.

⁴⁹⁹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp.16-17.

faces da pirâmide). Também concebe a escalada para níveis mais elevados de coercitividade não apenas dentro de um instrumento, mas também entre instrumentos diferentes e em faces diversas da pirâmide, ou seja, tem-se um modelo de regulação tridimensional que oferece a possibilidade de escalar graus de coerção por meio da interação entre diferentes instrumentos e partes que se complementam. Somente se os diferentes níveis da pirâmide estiverem conectados de forma a permitir uma escalada estratégica para o topo, quando as medidas menos coercivas falham, uma abordagem piramidal funcionará de forma eficaz⁵⁰⁰.

Outro exemplo de escalada integrada em uma pirâmide de instrumentos é o sistema regulatório de duas vias que os autores da teoria propõem. Aqui, a ideia essencial não é responder às empresas individuais sendo mais ou menos punitivo, dependendo de resposta da empresa à estratégia regulatória anterior (como no modelo de Braithwaite), mas sim oferecer caminhos regulatórios diferentes, porém padronizados, para aqueles com credenciais e motivações diferentes. A via regulatória oferecida aos executores de “melhores práticas” será consideravelmente mais flexível e atraente do que a oferecida a outros e usará uma combinação de instrumentos: autorregulação utilizando sistemas de autogestão, auditoria independente de terceiros e diálogo com a sociedade. No entanto, o não cumprimento dos compromissos exigidos resultará em um rebaixamento para a regulação da “trilha convencional”, que é mais restritiva, prescritiva e coercitiva⁵⁰¹.

Nem sempre será possível, contudo, colocar em prática uma escalada coordenada por um ou mais lados da pirâmide de instrumentos. Pelo contrário, a escalada controlada só é possível quando os instrumentos em questão se prestam a uma estratégia de aplicação graduada, ágil e interativa. Os dois instrumentos mais adequados a essa estratégia (porque são facilmente manipulados) são a regulação comando e controle e a autorregulação. Nada obstante, existem outros instrumentos que são, pelo menos parcialmente, suscetíveis a tal resposta, sendo os mais óbvios

⁵⁰⁰ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 17.

⁵⁰¹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 19.

os seguros e os financiamentos bancários, cujo preço passa a refletir a conduta da empresa e seus resultados esperados⁵⁰².

Uma combinação de exigência de divulgação de informações obrigatórias pelo Estado (uma estratégia modestamente intervencionista) em conjunto com a pressão de terceiros (nos níveis mais altos da pirâmide) também pode ser uma opção viável. Por exemplo, o governo pode exigir que as empresas divulguem várias informações sobre seus serviços, deixando aos mercados financeiros e seguradoras (terceiros comerciais) e grupos não governamentais (terceiros não comerciais) o uso dessas informações de maneira a pressionar os responsáveis pelo desempenho insatisfatório.

Em contraste, há instrumentos que não servem tanto a esse propósito: ou porque não foram projetados para facilitar a regulação responsiva (ou seja, sua implementação é estática em vez de dinâmica e não pode ser adaptada para aumentar ou diminuir dependendo do comportamento de empresas específicas) ou porque não há potencial para interação coordenada entre instrumentos⁵⁰³.

O exemplo tradicional de um instrumento estático eram os tributos que, tradicionalmente, não poderiam ser cobrados dependendo do fato de uma empresa responder positivamente ou não a instrumentos menos intrusivos; eis que se destinavam a ser um sinal de preço uniforme que se aplicaria a todos os membros do mesmo grupo igualmente, independentemente de seu comportamento anterior⁵⁰⁴. Com o crescente uso de tributos com finalidades extrafiscais, o exemplo parece não calhar mais.

Outra limitação para aqueles que aspiram a uma escalada coordenada e gradual de instrumentos e coercitividade é o fato de que, em algumas circunstâncias, a escalada só é possível para os níveis intermediários da pirâmide, sem nenhum instrumento com capacidade para entregar níveis superiores de coercitividade. Pode ocorrer, também, de um determinado instrumento ou combinação de instrumentos

⁵⁰² Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 19.

⁵⁰³ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 19-20.

⁵⁰⁴ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 20.

facilitar a ação na base e no topo da pirâmide, mas não nos níveis intermediários, com o resultado de que não há capacidade para uma escalada gradual.

Por exemplo, a responsabilidade de credor dá aos bancos e outras instituições financeiras um incentivo considerável para examinar atentamente as credenciais de seus clientes – avaliando eventuais riscos cíveis – antes de emprestar dinheiro a eles e, neste estágio, eles podem aconselhar um cliente no sentido de melhorar o desempenho. No entanto, após a concessão do empréstimo, a única sanção disponível pode ser a execução da dívida, sem opções intermediárias credíveis ou efetivas⁵⁰⁵.

Isso não significa, contudo, que a estratégia piramidal perca todo o seu valor. Em uma situação como essa, um papel fundamental do Estado será, na medida do possível, preencher as lacunas entre os diferentes níveis da pirâmide, buscando compensar a ausência de outros instrumentos, por sua natureza estática ou limitada, seja por intervenção direta ou, de preferência, facilitando a ação ou agindo como um catalisador para uma ação eficaz de terceiros.

Finalmente, há duas circunstâncias gerais em que é inadequado adotar uma resposta escalonada no instrumento ou na pirâmide de execução, independentemente de ser possível obter tal resposta⁵⁰⁶.

Em primeiro lugar, em situações que envolvem um risco sério de perda irreversível ou dano catastrófico, uma resposta graduada é inadequada porque os riscos são muito altos: as espécies ameaçadas podem ter-se extinguido, ou a usina nuclear pode ter explodido, antes que o regulador tenha determinado quão alto na pirâmide é necessário escalar para mudar o comportamento do grupo-alvo. Nessas circunstâncias, uma abordagem horizontal, em vez de vertical, pode ser preferível,

⁵⁰⁵ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 20-21.

⁵⁰⁶ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 21.

impondo uma série de instrumentos, incluindo a sustentação de uma ampla rede de segurança regulatória simultaneamente, em vez de sequencialmente⁵⁰⁷.

Em segundo lugar, uma resposta graduada só é apropriada quando as partes têm interações contínuas – são elas que tornam crível começar com uma resposta intervencionista baixa e aumentar no que se refere à intervenção se isso se provar insuficiente⁵⁰⁸.

6.1.2 Sequenciamento de instrumentos para aumentar a confiabilidade

A solução de realizar-se o sequenciamento de instrumentos não é apenas consistente com o princípio de *design* que apregoa um baixo intervencionismo, mas também evita uma *slippery slope* para o *smorgasbordismo*: em vez de usar todos os instrumentos e participantes simultaneamente, é apenas quando o instrumento menos intervencionista (viável) falhou que se pode escalar a pirâmide e se invoca uma gama mais ampla de instrumentos e terceiros e, mesmo assim, apenas na medida necessária para atingir o objetivo desejado.⁵⁰⁹

A natureza precisa dos arranjos de sequenciamento será determinada pelo nível de discricionariedade associado à sua implementação, ou seja, alguns arranjos de sequenciamento podem implicar a adoção automática de medidas mais intervencionistas se, e quando, as medidas anteriores falharem, ao passo que em outros casos se exigirá alguma ação adicional antes de sua implementação, aumentando assim o nível de discricionariedade.

Nesse caso, minimizar a discricionariedade, uma vez que certos parâmetros definidos tenham sido violados, envia uma mensagem poderosa à indústria para que

⁵⁰⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 21.

⁵⁰⁸ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 21-22.

⁵⁰⁹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 22.

o seu desempenho em formas menos intervencionistas de regulação seja virtuoso. É claro que isso não impede uma mudança de rumo por parte do regulador (uma capitulação sua, ao menos parcial), mas é menos provável que ocorra se o regulador já se comprometeu publicamente com um determinado curso de ação⁵¹⁰.

A ativação do instrumento seguinte, quando falharem as medidas menos interventivas, deve ocorrer por meio do que os autores chamam de gatilhos para alertar as autoridades. Ademais, o próprio setor, sob um esquema de autorregulação, pode convidar a intervenção do governo – apesar de que isso tem pouca probabilidade de ocorrer sem outros fatores influenciando. Alternativamente, o governo e a indústria podem concordar com parâmetros de desempenho definidos⁵¹¹.

Pode ser que grupos de interesse sejam capazes de identificar violações graves que justificam a intervenção de governos ou de terceiros – como é, possível e novamente, o caso das seguradoras. Elas são particularmente adequadas ao uso de gatilhos na gestão do risco regulatório. As seguradoras têm um incentivo financeiro para determinar a natureza de um determinado risco regulatório a fim de estabelecer um prêmio apropriado⁵¹².

A fim de aumentar a confiabilidade das disposições de sequenciamento é preferível que vários gatilhos sejam utilizados, não somente um. Em termos gerais, os gatilhos apropriados podem incluir: inspeções governamentais aleatórias; auditorias independentes; denunciadores internos (*whistleblowers*); supervisão da comunidade; relatórios obrigatórios da empresa. Ao contar com gatilhos para invocar o sequenciamento é importante que os gatilhos previnam níveis inaceitáveis de danos aos usuários ou uma degradação significativa da qualidade do serviço regulado.

⁵¹⁰ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 22.

⁵¹¹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 24.

⁵¹² Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 24.

Em outras palavras, deve haver uma zona de amortecimento entre o ponto em que um gatilho é disparado e o nível de dano que é monitorado⁵¹³. Quanto maior o grau de eficácia exigido para uma questão regulatória específica, maior o tamanho das zonas de amortecimento⁵¹⁴.

Outra estratégia relacionada ao sequenciamento é a utilização do que os autores denominam disjuntores. Basicamente, um disjuntor é um instrumento que é introduzido como uma medida de curto prazo, com o propósito de prevenir a falha prevista de outro instrumento. Os disjuntores tendem a ser instrumentos de baixa intervenção, introduzidos na expectativa de que certos instrumentos de alta intervenção, introduzidos isoladamente, tenham uma grande chance de falha.

Os autores da teoria citam um exemplo ocorrido na Austrália, onde havia enorme resistência local contra leis antidesmatamento. Diante desse cenário foi introduzida uma compensação financeira para os que não degradassem o meio ambiente, tendo por objetivo, além de limitar os danos, facilitar a mudança cultural que era necessária em longo prazo. Uma vez que isso foi alcançado (ou pelo menos que a oposição às proibições de compensação foi amplamente superada), o direito à compensação foi retirado⁵¹⁵.

Os disjuntores são semelhantes ao sequenciamento, pois há uma ordenação das respostas das políticas, começando com menos intervencionistas e depois avançando para regulamentações mais intrusivas. A diferença é que, com o sequenciamento, a escalada para cima na pirâmide de fiscalização ocorre apenas quando as políticas inferiores falham, ao passo que, com os disjuntores, existe a expectativa de que sejam apenas uma medida de curto prazo, eventualmente substituída por outras respostas políticas mais convencionais⁵¹⁶.

⁵¹³ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 24-25.

⁵¹⁴ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 25.

⁵¹⁵ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 25-26.

⁵¹⁶ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 26.

Enfim, em algumas circunstâncias essa abordagem pragmática pode ser necessária para alcançar um progresso real em setores onde a resistência à regulação é alta e o monitoramento externo é difícil⁵¹⁷.

6.2 Uma tipologia de interações

Os autores da teoria da *smart regulation* desenvolvem três tipologias de interações entre instrumentos regulatórios: interações que são geralmente positivas, nas quais um ou ambos os instrumentos ou instituições tornam-se ativos ou mais eficazes; interações em que eles simplesmente coexistem, sem impactar diretamente o desempenho um do outro; e, por fim, aquelas que acarretam impactos negativos, ou seja, interações nas quais o efeito de um ou mais instrumentos é diminuído por outro, funcionando de forma contraproducente⁵¹⁸.

Os instrumentos são complementares, ou as interações positivas, como dito, quando o uso de um instrumento, ou o papel de uma instituição em particular, tem um efeito benéfico sobre outro instrumento ou instituição. Por exemplo, um comando regulatório que imputa responsabilidade à empresa pelo mau serviço prestado, dentro de determinado parâmetro objetivamente verificável, pode levar as empresas à contratação de um seguro de responsabilidade civil. As seguradoras, em consequência, podem impor condições estritas aos segurados para firmar a apólice respectiva⁵¹⁹. No fim das contas, a essência dessa complementaridade é uma divisão eficiente do trabalho dentro do Estado pós-regulador⁵²⁰.

Existem algumas circunstâncias em que instrumentos ou instituições simplesmente coexistem, sem impactar uns os outros para melhor ou pior. Por exemplo, uma instituição pode duplicar as atividades de outra; a própria proliferação

⁵¹⁷ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 26.

⁵¹⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 126.

⁵¹⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 126.

⁵²⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 129

de grupos de interesse público, muitas vezes com agendas e práticas semelhantes, tende a ser neutra a partir de certo ponto – e, claro, ruim a partir dele⁵²¹.

Finalmente, existem circunstâncias em que um instrumento ou instituição pode enfraquecer ou bloquear outro. Pode-se usar o termo “neutralização” para se referir ao efeito de um instrumento na diluição dos efeitos de outro. Na visão dos autores, esse pode ser um recurso intencional dos sistemas regulatórios: freios e contrapesos podem ser criados intencionalmente para evitar uma concentração excessiva de poder. O objetivo em tais circunstâncias é produzir uma tensão criativa entre interesses conflitantes em vez de um impasse político⁵²².

Mais frequentemente, contudo, a neutralização entre os instrumentos tende a ocorrer “involuntariamente como resultado de políticas independentes projetadas para apaziguar interesses conflitantes”⁵²³. Um claro exemplo disso são as regras que permitem que os resultados de auditorias voluntárias sejam usados contra uma empresa em uma ação de fiscalização subsequente, com o resultado de que um instrumento potencialmente valioso é muito menos usado do que poderia ser⁵²⁴.

6.3 Desafios para projeto regulatório

Tudo quanto foi dito pode servir para sensibilizar o estudioso do tema para algumas das complexidades envolvidas em responder à pergunta de como combinar as estratégias regulatórias.

⁵²¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 128. Contudo, mesmo que a interação entre determinados instrumentos seja neutra a princípio, pode fazer sentido utilizá-los mesmo assim, com o intuito de fazer uma espécie de back-up de um instrumento com outro.

⁵²² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p.129.

⁵²³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 129-130.

⁵²⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 131.

Em particular, como a teoria se assenta na natureza sistêmica da regulação⁵²⁵, as mudanças em um determinado instrumento podem afetar todo o sistema⁵²⁶. Por causa dessa interação entre os instrumentos regulatórios, um determinado instrumento pode funcionar de forma bem diversa quando utilizado isolada ou conjuntamente com outros, gerando impactos positivos ou negativos⁵²⁷.

Assim é que excessivas consultas à sociedade podem aumentar a legitimidade do processo regulatório, mas em detrimento da eficiência. Um instrumento ineficiente, isoladamente ou em contexto, pode merecer inclusão em um pacote regulatório se contribuir para a realização de objetivos secundários importantes, como a educação cívica ou a construção de capacidade de autorregulação – contanto que não neutralize os objetivos principais.

Mais importante de tudo, para o presente contexto, é que problemas sistêmicos tendem a exigir soluções sistêmicas⁵²⁸.

Percebe-se que a própria noção de interação entre instrumentos e atores já evoca a noção de Estado pós-regulador, ou seja, de que a regulação envolve muito mais do que apenas o trabalho do Estado. Algumas das instituições mais poderosas de controle social corporativo existem no setor privado, e mesmo no terceiro setor, entre as entidades sem fim lucrativo. Em alguns casos, pelo menos, essas funções são desempenhadas de forma mais eficaz e eficiente e com maior legitimidade (do ponto de vista do regulado) por instituições não governamentais do que por agências governamentais⁵²⁹.

Repise-se mais uma vez: isso não significa que o Estado não tem um papel importante a desempenhar na regulação, mas sim que esse papel mudou. O que se afirma é que o Estado tem uma gama muito mais ampla de opções na escolha de como intervir do que é comumente reconhecido. Alguns problemas regulatórios

⁵²⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 131.

⁵²⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 131-132.

⁵²⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 132.

⁵²⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 132.

⁵²⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 132-133.

podem ser passíveis de ordenação direta sob pena de sancionamento; outros são mais dados a um tipo de concertação entre os interessados, outro a um fomento estatal por incentivos, financeiros ou não. Ou seja, não apenas o Estado pode intervir diretamente, mas também pode envolver-se em uma manipulação mais sutil de incentivos e na criação de estruturas de oportunidade (“dirigir”, em vez de “remar”, para usar a metáfora popularizada pelos estudiosos da governança, contanto que se compreenda que essa “direção” não açambarca necessariamente a totalidade do mercado)⁵³⁰.

Apenas é preciso estar bem atento às oportunidades e armadilhas envolvidas na utilização de combinações de instrumentos e na utilização de uma gama mais ampla de atores sociais. Reconhecendo os riscos graves, bem como os benefícios implícitos nas propostas de flexibilidade regulatória, o desafio central é projetar uma estratégia pela qual se pode obter o máximo de benefícios dessas abordagens, minimizando as suas deficiências⁵³¹.

Segundo a teoria da *smart regulation*, há uma série de medidas que são como que pré-requisitos para o governo “regular a distância” com sucesso, dando às empresas a flexibilidade que exigem e, ao mesmo tempo, alcançando melhores resultados regulatórios. Entre outros, impõem-se: i) medição dos resultados regulatórios por indicadores de desempenho, supervisionados por terceiros independentes; ii) supervisão estatal e uma base de sanções eficazes; e iii) incentivos confiáveis para a participação da indústria⁵³².

Quanto à supervisão por terceiros, isso certamente não exclui o fato de que a empresa deve realizar seu próprio monitoramento contínuo de desempenho sob esse sistema. No entanto, os autores sugerem um monitoramento independente, ao menos pontual, em determinadas circunstâncias, pois não há garantia, sem isso, de que as informações fornecidas pela indústria são genuínas. Além disso, para que o processo de monitoramento ganhe a credibilidade da comunidade e seja visto como legítimo,

⁵³⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 133.

⁵³¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 190.

⁵³² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 191.

também deve ser transparente. Ambos os fatores devem ser reconhecidos, idealmente pelo próprio setor, como preço necessário para maior autonomia⁵³³.

É claro que as auditorias poderiam ser conduzidas pelo próprio Estado (também com a participação da comunidade) em vez de profissionais independentes; contudo, há expertise suficiente no mercado para evitar a contratação e treinamento de pessoal exclusivamente para esse fim⁵³⁴.

6.4 Regulando a distância: o governo como “barreira”

Os esquemas de flexibilidade regulatória, não isentos de risco, que implicam maior autonomia para as empresas, podem ser abusados; é preciso reconhecê-los e atuar para, se não os eliminar totalmente, minimizá-los ao máximo. Nas palavras dos autores,

Para alguns que têm tal autonomia, a tentação de buscar interesses econômicos de curto prazo, cortar atalhos e minimizar custos em detrimento de considerações ambientais é simplesmente grande demais (particularmente onde os incentivos comerciais para ser “verde” são muito limitados). Se esses desertores não forem tratados de forma adequada, todo o esquema pode ser prejudicado. Assim, a intervenção do governo será necessária para garantir que a associação da indústria desempenhe suas tarefas de autorregulação de forma honesta e eficaz, para fornecer alavancagem extra onde os esforços e poderes da associação da indústria são insuficientes para mudar o comportamento dos recalcitrantes, para regular o comportamento daqueles que se recusam a participar do esquema de autorregulação e intervir diretamente onde o abismo entre o interesse próprio da indústria e o interesse público é grande demais para que a autorregulação por si só seja uma estratégia confiável (GUNNINGHAM, 1998, p. 208).

Por isso que se reforçou, no capítulo 3, a noção de correção. Com efeito, uma estratégia de correção, em vez da autorregulação, pode ser a forma mais viável de preservar os pontos fortes de um programa de flexibilização regulatória, ao mesmo tempo em que supera seus problemas e impõe ou restaura a confiança pública. A correção, nesse contexto, significa a existência de certo grau de

⁵³³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 197.

⁵³⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 200.

regulação estatal em combinação com certa dose de autorregulação. É possível, por exemplo, que padrões mínimos (baseados em resultados) continuassem a ser definidos pelo Estado, aplicando-se de maneira geral ou negociada individualmente (por exemplo, alguma métrica de qualidade na prestação do serviço ou no atendimento ao usuário). O Estado continuaria com o direito de impor sanções em caso de violação das regras elaboradas pelas próprias empresas, no entanto, a administração diária desses padrões seria de responsabilidade do setor regulado, sujeita à auditoria de terceiros e ao escrutínio da comunidade, conforme descrito acima⁵³⁵.

Nessa abordagem, o governo deixa para a indústria e sua associação muitos dos detalhes de como melhorar seu desempenho, mas retém todos os poderes denominados tipicamente estatais (incluindo os de fiscalização e punição), podendo invocá-los quando necessário para impedir abusos. Aqueles que, genuinamente, desejam melhorar seu desempenho regulatório, indo até além do exigido pela norma, são encorajados e facilitados a fazê-lo, recebendo em troca uma presunção de que age de boa-fé, daí seguindo uma mínima intervenção governamental, mas os recalcitrantes continuarão a enfrentar o poder punitivo do Estado⁵³⁶.

A correção também implica que o Estado deve estar disposto a invocar seus poderes punitivos quando as empresas não concordarem em participar ou abandonarem o esquema de autorregulação. Especificamente, deve procurar assegurar que as empresas não participantes sejam submetidas a padrões pelo menos tão rígidos quanto aqueles adotados pelas empresas participantes, de modo que não tenham uma vantagem competitiva de curto prazo ao se recusarem a aderir ao programa de autorregulação⁵³⁷.

Aqui, a questão central é: as empresas devem ser impedidas ou dissuadidas de abusar dos esquemas de flexibilidade regulatória, sendo essencial que o Estado combata esse problema para que a correção seja bem-sucedida. Obviamente, a vigilância estatal é imprescindível, já que a supervisão de terceiros, embora

⁵³⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 209-210.

⁵³⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 210.

⁵³⁷

importante, tem suas próprias limitações. Por exemplo, auditores podem ser vulneráveis à captura pelas próprias empresas que auditam, as comunidades podem ser apáticas, inertes, os parceiros comerciais podem-se contentar com a certificação formal de um sistema de gestão sem insistir em melhorias genuínas em desempenho, ou seja, as camadas adicionais de supervisão, escrutínio e controle social informal que a teoria defende são importantes e capazes de tirar grande parte do peso dos ombros estatais, mas provavelmente serão desiguais em seu impacto e menos do que totalmente eficazes. Assim sendo, seria um erro grave confiar neles isoladamente, o que só confirma que a base do controle governamental será absolutamente essencial para superar a tentação de trapacear a confiança inicialmente depositada pelo regulador⁵³⁸.

Quando o regulador deve intervir para garantir que a flexibilidade regulatória esteja funcionando de forma eficaz, ou que os sistemas de gestão estejam sendo cumpridos, e que uma empresa, por intenção, ineficiência ou incapacidade, não esteja deixando de cumprir suas obrigações conforme medido pelo desempenho de indicadores acordados? E como pode a intervenção necessária ser moldada de modo a evitar a intrusão desnecessária nos detalhes de como uma empresa se comporta, ao mesmo tempo em que minimize a carga regulatória e garantindo que a intervenção da agência está dentro da sua capacidade orçamentária e administrativa⁵³⁹?

Para atingir esses objetivos, o projeto regulatório deve envolver uma resposta regulatória em graus de intervenção crescente. Em primeiro lugar, deve encorajar as empresas a se autorregularem. Em segundo lugar, deve vir a supervisão de terceiros⁵⁴⁰, que, como se viu, cumpre um papel como auxiliar do regulador. Comunidades, desde que capacitadas minimamente com informação, dispostas de canais diretos de comunicação com as empresas reguladas e um tendo assento no próprio processo de tomada de decisão também contribuem como uma força de compensação contra as tendências furtivas à regulação das empresas, enquanto a

⁵³⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 211.

⁵³⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 212.

⁵⁴⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 212.

pressão dos parceiros comerciais e a pressão do grupo de pares agem como controle social informal.

No entanto, mostra-se também necessário um terceiro nível, envolvendo uma base de regulação estatal interventiva, que serviria como um mecanismo de backup em circunstâncias em que há motivos para acreditar que os níveis um e dois não produziram os resultados necessários em termos de eficácia do sistema e melhorias no desempenho regulatório⁵⁴¹.

Algumas circunstâncias podem pedir um olhar mais detalhado ou atencioso do regulador, levando-o a analisar se é necessária uma intervenção no terceiro nível, entre as quais se podem citar⁵⁴²: uma reclamação bem fundamentada, após um processo com contraditório e recurso, argumentando uma falha importante no processo de autorregulação; se o próprio relatório de auditoria de terceiros expressar sérias reservas sobre os processos de autorregulação da empresa; se o regulador verificar que a auditoria de terceiros em si não foi justa e precisa; se houver um acidente ou incidente grave, ou uma série de reclamações de trabalhadores ou comunidades locais (embora haja importante necessidade de haver salvaguardas contra reclamações abusivas); por fim, se o próprio órgão associativo requerer a intervenção.

A atração da abordagem é que o Estado mantém um papel de garantir que os resultados regulatórios propostos sejam alcançados, mas não recorre a mecanismos inflexíveis, caros, demasiadamente prescritivos para fazê-lo. Em vez disso, as partes do setor regulado que demonstram que podem ser confiáveis para se autorregular são deixadas para decidir por si mesmas precisamente como devem melhorar seu desempenho, criando seus próprios mecanismos regulatórios internos mais adequados para atingir esses fins. Isso tem a virtude considerável de encorajar respostas da indústria mais econômicas e inovadoras do que sob a regulação “comando e controle”⁵⁴³. Assim, o governo só regularia “a distância”, exercendo um

⁵⁴¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 212.

⁵⁴² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 212-213.

⁵⁴³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 213.

papel de fiscalização em vez de regular diretamente o desempenho setorial. Isso envolveria, obviamente, a revisão periódica dos resultados do automonitoramento das empresas e das auditorias realizadas por terceiros⁵⁴⁴.

Tal modelo de correção calha bastante bem com o argumentado por relevante doutrina, de que não existem modos “puros” de autorregulação ou regulação comando e controle no mundo real. Em vez disso, há um *continuum*, como dito, entre diferentes regimes regulatórios, com vários graus de contribuição pública (Estado) e privada (indústria, sociedade civil).

Essencialmente, dentro de um contexto de Estado pós-regulador, a correção: (a) atende a objetivos de políticas públicas; (b) conecta o sistema regulatório não estatal com o Estado; e (c) permite o envolvimento mais próximo e direto do sistema não estatal, sem que o Estado deixe de ter os recursos e armas para garantir o cumprimento dos objetivos regulatórios⁵⁴⁵.

A colaboração pode ser ideal para o Estado e as empresas; no entanto, tanto as empresas quanto o poder público poder ter incentivos de curto prazo para escolher o conflito (assim, o Estado pode querer a regulação comando e controle, mesmo sabendo-a ineficiente, para passar a imagem de um regulador forte). A escolha para os atores governamentais é entre a regulação comando e controle e uma abordagem flexível para a aplicação regulatória, enquanto da perspectiva das empresas a escolha é entre a evasão e o autopolicamento.

Para evitar – ou pelo menos diminuir – tais dilemas, os sistemas formais de correção parecem mais atraentes e a formalidade compromete as duas partes na colaboração. O que irá variar é a extensão da colaboração entre o Estado e as empresas: dito de outro modo, até que ponto o Estado está envolvido no regime de correção define se o modo regulatório está mais próximo da extremidade de comando e controle do *continuum* ou da extremidade de autorregulação⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 213

⁵⁴⁵ GINOSAR, Avshalom. **Co-regulation: from lip-service to a genuine collaboration — the case of regulating broadcast advertising in Israel**. Journal of Information Policy, v. 3, 2013, p. 107. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/10.5325/jinfopoli.3.2013.0104>. Acesso em 21/3/2021.

⁵⁴⁶ Op. cit., p. 107.

Com base na literatura, há basicamente quatro categorias que, se bem analisadas, permitem descrever e entender a correção: a base legal do sistema regulatório, os arranjos institucionais, a alocação de responsabilidades entre o Estado e a indústria e as principais características do sistema, nas quais se incluem a independência, transparência e a capacidade de fiscalizar e aplicar sanções⁵⁴⁷.

A base legal de um sistema de correção contribui para a legitimidade do mecanismo regulatório privado e aumenta sua capacidade de fazer cumprir as regulações, como sustenta a teoria da *smart regulation*. Sua forma final é uma estrutura estatutária que inclui todos os componentes do sistema regulatório, tanto institucionais quanto substantivos. Isso significa que o Estado e as empresas atuam em conjunto para regular a atividade do setor; no entanto, se o Estado não estiver satisfeito com essa colaboração, ele pode optar por regular diretamente⁵⁴⁸. Porém, existe a possibilidade de delegação explícita de algumas das responsabilidades regulatórias para a indústria. Pode ser responsabilidade de definição de padrões ou responsabilidade de aplicação, ou ambas. Nesse caso, o Estado deliberadamente não opera em uma ou mais fases de regulação. Pode ocorrer também de a indústria implementar voluntariamente certo grau de normatização utilizando os próprios meios da indústria. Assim, embora a legislação não delegue algumas responsabilidades regulatórias ao setor, este assume tais responsabilidades com o consentimento do Estado. Nesse caso, o Estado apoia o mecanismo regulatório do setor. O último caso é quando o Estado e a indústria cooperam na regulamentação do setor sem respaldo legal. Esse é um cenário que reflete as ideias ou interesses mútuos de ambas as partes e um alto grau de confiança entre o Estado e a indústria. Em todos os casos, o Estado atua fiscalizando, embora com diferentes níveis de envolvimento, a atividade regulatória do setor⁵⁴⁹.

Quanto aos arranjos institucionais, em geral, tem-se uma instituição setorial que faz a regulação enquanto é supervisionada pela instituição reguladora estadual: em

⁵⁴⁷ Op. cit., p. 108.

⁵⁴⁸ Op. cit., p. 108.

⁵⁴⁹ Op. cit., p. 109.

outras palavras, a autorregulação do setor internaliza os padrões que as leis estaduais expressam e preenche as lacunas deixadas por leis-quadro⁵⁵⁰.

Quanto à alocação de responsabilidades regulatórias, ela pode referir-se às três fases principais da regulação: definir padrões, monitorar a conformidade com esses padrões e fazer cumprir esses padrões (por meio de sanções) quando não houver conformidade. Há casos em que o Estado participa das três fases, enquanto em outros o Estado apenas define os padrões ou monitora o cumprimento ou faz cumprir os padrões. Quando o Estado não atua em uma dessas fases, a instituição setorial assume e, por meio disso, complementa a regulação estatal. O equilíbrio de responsabilidades entre a indústria e o Estado varia entre os diferentes sistemas de correção, mas há sempre algum tipo de mistura público-privado em cada um deles⁵⁵¹.

Por fim, o autor se volta ao que denomina características principais da correção, no sentido de que parecem ser as mais influentes em relação à localização de cada tipo de forma de correção ao longo do *continuum* entre comando e controle e autorregulação: 1) independência, 2) transparência e 3) capacidade de fiscalização e aplicação de sanções.

A ideia de independência da correção está relacionada ao grau de proximidade ou afastamento entre as instituições estatais e não estatais. Três componentes principais, se existirem, podem aumentar a independência da correção. Em primeiro lugar, o grau de autonomia, de separação das instituições reguladoras em relação às empresas do setor regulado e mesmo de outras instituições políticas do Estado; segundo, a participação de organizações da sociedade civil – como representantes dos consumidores – nas instituições reguladoras; terceiro, um sistema de financiamento independente e confiável que garante a atividade da instituição reguladora. Assim, por exemplo, quanto mais independente for a instituição autorreguladora, mais afastado o modelo de correção está da regulação comando e controle.

⁵⁵⁰ Op. cit., p. 109. Ressalte-se que o autor aponta outros arranjos institucionais que, cremos, não fazem sentido no contexto da presente discussão da teoria da *smart regulation*.

⁵⁵¹ Op. cit., p. 109.

A segunda característica principal é a transparência; isso exige abertura com os parceiros (estado e indústria) e também com o público/consumidores⁵⁵². A transparência está relacionada à prestação de contas no sentido de que as instituições corregulatórias devem prestar contas a todas as partes interessadas: o Estado, a indústria e os consumidores. Isso significa que todas as partes interessadas têm acesso livre e total a todas as atividades regulatórias em todas as três fases do processo regulatório: definição de padrões, monitoramento da conformidade e aplicação. Trata-se da *accountability* já amplamente discutida neste trabalho.

A terceira característica principal é a capacidade de fiscalização da instituição autorreguladora. Quanto maior for essa capacidade de atuar de fato na fiscalização e punição, mais a corregulação se afasta da regulação comando e controle⁵⁵³.

No fundo, é significativo que, para o autor, o melhor funcionamento da corregulação é sob a “a sombra da hierarquia” que permite mais eficazmente que os atores privados levem em consideração os interesses públicos⁵⁵⁴. Na verdade, deve-se ampliar essa visão, pois deve existir não apenas “uma sombra de hierarquia”, mas “uma sombra do público/consumidores” ou “uma sombra da sociedade” também, portanto, é razoável prever que essas “sombras” dariam à atividade regulatória conjunta um “sabor público”. Isso significa que a participação de diversos atores da sociedade, ao lado do Estado e dos atores da indústria, pode enfatizar a realização e a preservação do interesse público como o cerne da atividade de corregulação no Estado pós-regulador⁵⁵⁵.

6.4.1 Incentivos para a participação empresarial na flexibilidade regulatória

Ocorre, contudo, que só será possível conseguir o engajamento necessário das empresas se elas estiverem convencidas de que os benefícios de se comprometerem com tais abordagens irão compensar os custos de sua adesão. É causa comum de

⁵⁵² Op. cit., pp. 109-111.

⁵⁵³ Op. cit., p. 110.

⁵⁵⁴ Op. cit., p. 110.

⁵⁵⁵ Op. cit., p. 111.

falha regulatória no âmbito da correção a pouca participação das empresas. Faz-se, portanto, necessário que o Estado forneça incentivos positivos para as empresas participarem de programas de flexibilidade regulatória em correção.⁵⁵⁶

Obviamente, nem sempre há uma feliz coincidência entre o lucro privado e o interesse público em sentido estrito⁵⁵⁷. Especificamente, existem condições sob as quais os benefícios econômicos de investir em determinado serviço ou setor dentro da empresa são tênues ou inexistentes e nas quais os custos de implementação de medidas não serão compensados por nenhuma economia resultante de melhor desempenho econômico⁵⁵⁸.

Ademais, as empresas são julgadas pelos mercados, investidores e outros, principalmente pelo desempenho de curto prazo, e elas têm dificuldade em justificar o investimento que geralmente só compensa – se compensar – em longo prazo e, às vezes, não de maneira prontamente demonstrável em uma conta de lucros e perdas corporativas⁵⁵⁹.

Se o Estado não tomar medidas para incentivar a participação no programa de correção – que pode fornecer flexibilidade regulatória –, a experiência sugere que apenas um grupo muito limitado de empresas optará por essa abordagem. Claro, alguns podem preferir a flexibilidade regulatória porque já estão comprometidos em ir além da conformidade⁵⁶⁰, mas, como visto, muitos, preocupados com a visão de curto prazo, não se inclinam a agarrar as oportunidades disponíveis, especialmente dados os custos iniciais envolvidos (por exemplo, no estabelecimento de um sistema de gestão). Mesmo muitas empresas que podem obter uma vantagem competitiva com a melhoria do desempenho regulatório não necessariamente perceberão isso. Portanto, para que os programas de flexibilidade regulatória não apenas recompensem a minoria que fará a coisa certa de qualquer maneira, mas também

⁵⁵⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 214.

⁵⁵⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 215.

⁵⁵⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 216.

⁵⁵⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 216-217.

⁵⁶⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 217.

induza um grupo muito maior e de mentalidade pragmática a se inscrever, ele deve incorporar uma gama significativa de incentivos⁵⁶¹.

Tudo isso sugere que continua a haver um papel importante para o Estado consistente em encorajar um reordenamento das prioridades corporativas a fim de colher os benefícios de um melhor desempenho regulatório. Esse último papel não precisa, claro, ser desempenhado apenas por ele e, de fato, em algumas circunstâncias é desempenhado de forma mais convincente pelo setor privado⁵⁶². O fato é que, sem esses incentivos, muitas empresas podem encontrar motivos insuficientes para superar o obstáculo do investimento inicial e do compromisso com uma abordagem baseada em sistemas de autocontrole que podem ser muito consideráveis⁵⁶³.

Há uma gama considerável de opções confiáveis para incentivar as empresas a adotar a flexibilidade regulatória, com as obrigações que isso acarreta, incluindo: benefícios administrativos, como a flexibilização das fiscalizações regulares para empresas que concordam em participar da flexibilidade regulatória; publicidade positiva pela agência reguladora acerca dos participantes; desconto legal em taxas e preços públicos – por exemplo, isenção legal para o licenciamento de estações de telecomunicações; sistemas de dupla visita ou equivalentes para as empresas participantes que identificam violações da regulamentação (exceto violações graves que envolvem perigo iminente), situação na qual podem notificar o regulador e corrigir as deficiências em tempo hábil; e reduções em penalidades se ocorrerem processos⁵⁶⁴.

6.4.2 Desincentivos para participar da flexibilidade regulatória

⁵⁶¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 217-218.

⁵⁶² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 218.

⁵⁶³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 218.

⁵⁶⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 217-218.

Em qualquer projeto de correção, contudo, é preciso ficar atento para que não haja mera substituição de alguns requisitos burocráticos por outros. Ou seja, tantas novas condições podem ser impostas como o preço da flexibilidade regulatória a ponto de fazer a transição da regulação convencional para a inovação regulatória pouco atraente para os negócios privados. Ao tornar “as condições de entrada em regimes regulatórios mais flexíveis muito rigorosas, os reguladores correm o risco de desencorajar a entrada”⁵⁶⁵.

Existem várias maneiras de superar esse potencial problema.

Primeiro, os incentivos para participar da inovação regulatória devem, comprovadamente, exceder os desincentivos. Isso significa garantir que o rigor das condições de entrada exigidas por programas inovadores não os torne pouco atraentes para os participantes. Em segundo lugar, deve-se ter o cuidado de fornecer incentivos positivos para a entrada em tais esquemas, como já visto⁵⁶⁶. Finalmente, os desincentivos à violação da regulamentação convencional, incluindo penalidades, devem ser suficientemente substanciais para encorajar as empresas a buscarem alternativas mais palatáveis dentro de um programa de flexibilidade regulatória. É preciso atentar, nesse ponto, para que a fiscalização inadequada não leve à falta de entusiasmo das empresas em adotar inovações regulatórias – justamente porque têm incentivo a continuar como estão pela falta de fiscalização de suas falhas⁵⁶⁷. Obviamente, não há uma conta matemática que revela precisamente isso, mas não deixam de ser elementos que devem ser ponderados e sopesados a cada passo pelo regulador que leva a excelência regulatória a sério.

6.5 Estratégias para regular empresas menores

⁵⁶⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 221-222.

⁵⁶⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 222

⁵⁶⁷ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 222.

Normalmente, as empresas menores representam um desafio à parte para os reguladores estatais quando se fala de correção. O número delas torna difícil o controle e sua fiscalização é em geral rarefeita, tornando-se, assim, na prática, as candidatas menos prováveis para uma autorregulação eficaz para programas de flexibilidade regulatória⁵⁶⁸.

Um número substancial delas pode atualmente estar abaixo do padrão regulatório, quanto mais das “melhores práticas” da indústria. Seu interesse e capacidade de ir “além da conformidade”, desenvolvendo soluções inovadoras para seus problemas é, na maioria dos casos, inexistente. Elas também são menos receptivas a uma série de “pontos de pressão” que podem ser utilizados com sucesso contra grandes empresas. Por exemplo, as empresas menores tendem a ter um “perfil público” muito inferior ao das empresas maiores e, portanto, serão muito menos suscetíveis a medidas de pressão da comunidade⁵⁶⁹.

Então, como esses grupos devem ser regulados e que instrumento e combinação deles são provavelmente mais adequados às suas circunstâncias? Pode-se pensar, por exemplo, em planos de conformidade projetados para levar em consideração o fato de que melhorar o desempenho regulatório leva tempo e nem todas as indústrias existentes estarão em posição de implementar melhorias imediatamente. Pode-se lançar mão também da utilização de códigos de conduta não obrigatórios em conjunto com padrões de desempenho como um meio de dar às pequenas e médias empresas a orientação concreta que exigem, mantendo a flexibilidade (aqueles que não desejam conceber as suas próprias soluções podem simplesmente seguir o código, enquanto aqueles que desejam ser mais inovadores podem conceber outros meios de alcançar o desempenho estipulado)⁵⁷⁰.

Ademais, dados empíricos de outros setores sugerem que uma visita de fiscalização, com alguma demonstração de poder coercitivo, possui grande eficácia em empresas menores, que ficarão mais impressionadas pela autoridade exercida

⁵⁶⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 227.

⁵⁶⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 228.

⁵⁷⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 228-230.

pelos inspetores do governo. Essencialmente, isso ocorre porque tal ação pode servir para redirecionar a atenção da empresa para os problemas que ela pode ter ignorado ou negligenciado anteriormente⁵⁷¹. Disso se pode, razoavelmente, concluir que a atuação de uma agência reguladora pode ter um impacto considerável, mesmo por um programa limitado de inspeções, desde que seja reforçado por algum grau de ação de execução formal suficiente para trazer o problema à atenção da pequena empresa.

Contudo, alertam os autores – e essa premissa é fundamental –, isso deve ser visto como o último recurso, uma vez que o incentivo positivo e a conformidade voluntária, na medida em que as empresas respondem a eles, têm probabilidade de obter resultados muito melhores do que as sanções⁵⁷².

6.6 Ordenação de instrumentos: em direção a uma estratégia regulatória de “duas vias”

Parece claro que, em qualquer setor regulado, existem muitos tipos diferentes de empresas quando se trata de desempenho regulatório. Existem líderes e retardatários, aqueles que estão dispostos a ir “além da regulação” e aqueles que não estão, aqueles que obedecerão voluntariamente e aqueles que resistirão à regulação. Acrescente-se a isso o ator irracional e o incompetente e torna-se logo claro que nenhuma abordagem regulatória de instrumento único – como já inúmeras vezes frisado – será apropriada para todos os regulados em todas as circunstâncias. Como, então, a regulação pode ser projetada para acomodar as características e motivações muito diferentes dos regulados?

A melhor estratégia é fornecer incentivos para aquelas empresas que estariam dispostas a fazer mais do que a lei exige, ao mesmo tempo em que apoia e auxilia aquelas – geralmente entidades menores – que estão dispostas, mas no momento incapazes, de até mesmo cumprir os requisitos regulamentares existentes.

⁵⁷¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 231-232.

⁵⁷² Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 232.

Finalmente, também é necessário ter uma estratégia para lidar com empresas violadoras intencionais das normas⁵⁷³.

Como dito anteriormente, uma das sérias limitações da regulação comando e controle é que ela não encoraja as empresas a ir “além do mínimo”. Ocorre que pelo menos algumas empresas podem estar dispostas a fazer muito mais do que as regulamentações atuais exigem. Obviamente, essa não é uma situação universal e seria ingênuo considerar que o poder da virtude irá sempre triunfar. No entanto, essas empresas dão um bom exemplo para o resto da indústria, são consideradas “*benchmark*” setorial. Ao inspirar a imitação de suas melhores práticas e ao exercer pressão competitiva, elas têm o potencial de promover um desempenho aprimorado de outros participantes do setor, grandes e pequenos. Um papel importante da regulação deve ser facilitar esse comportamento e nutrir a virtude, fornecendo uma série de incentivos aos regulados⁵⁷⁴.

Como já dito, um primeiro passo necessário é criar um quadro normativo que aproveita as forças do mercado, de modo a encorajar, em vez de inibir, o impulso comercial e a inovação. Em particular, os Estados devem evitar regulação excessivamente prescritiva, mas, em vez disso, limitar-se a estabelecer metas ou limites e processos para alcançar melhores resultados, deixando para as próprias empresas determinar a melhor forma de atingir essas metas. A expectativa é de que o impulso para obter vantagem competitiva estimule as empresas a atingir essas metas voluntariamente, muitas vezes por meio de inovações tecnológicas⁵⁷⁵.

Esse é um caminho, no entanto, que não pode ser forçado com sucesso àqueles que não têm interesse em adotá-lo (nas palavras dos autores, novamente, temos de lidar com voluntários, não com recrutas). A partir disso, propõem-se dois tipos distintos de caminhos regulatórios: um para aquelas empresas que desejam e

⁵⁷³ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 241-242.

⁵⁷⁴ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 242.

⁵⁷⁵ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 242.

são capazes de adotar uma abordagem flexibilizada, mas monitorada, e outro para aqueles que a querem mas não são capazes⁵⁷⁶.

A tradição regulatória brasileira conhece a assimetria regulatória, contudo, ela é precipuamente empregada “para estimular o surgimento de novos operadores em segmentos da economia onde já existe a presença de agentes fortemente consolidados”; por meio dela, “o Estado regulador constrói um ambiente normativo diferenciado, no qual os novos agentes se sujeitam a menos encargos do que os antigos, dominantes do mercado. Cria-se, assim, um ambiente normativo propício para o crescimento da oferta de serviços e de maior competição entre agentes econômicos”⁵⁷⁷. A assimetria aqui proposta difere em seu campo de aplicação: ela não trabalha tanto com a dicotomia *players* novos ou consolidados, mas sim com a voluntariedade e possibilidade de submissão a um regime de correção.

Impende frisar, ademais, que mesmo seguindo-se uma abordagem regulatória convencional, a relação entre regulador e regulado não precisa ser necessariamente adversarial. Em vez disso é necessário desenvolver uma abordagem mais cooperativa, mesmo sob a regulação tradicional, para aqueles que são motivados a cumprir voluntariamente⁵⁷⁸.

Tal abordagem, contudo – de persuasão e de resolução cooperativa de problemas – só faz sentido quando a principal fonte de não conformidade não é a desobediência intencional, mas sim uma falta de capacidade organizacional para entender ou implementar essas normas. Nos casos de não conformidade que resultam de desobediência intencional, a abordagem cooperativa pode facilmente se transformar em fraqueza e permissividade indevida⁵⁷⁹.

Assim, a boa regulação significa invocar estratégias diferentes, dependendo do fato de a empresa estar ou não disposta a abraçar genuinamente a flexibilidade regulatória e, mesmo quando não está, ponderando-se se a empresa é um ator

⁵⁷⁶ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 243.

⁵⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, nº 37, p. 2, jan/mar 2012. Arquivo PDF.

⁵⁷⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 244.

⁵⁷⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 244.

recalcitrante. Isso implica um ordenamento das respostas regulatórias por parte do Estado.

A resposta preferencial, como visto, é aquela que estimula as empresas a irem voluntariamente além do mínimo regulatório, devendo o Estado encorajá-la, fornecendo autonomia e flexibilidade consideráveis e outros incentivos, mas sujeitas a certas salvaguardas, incluindo auditoria de terceiros e participação da comunidade. A segunda possibilidade é por um papel cooperativo e de apoio para o Estado, facilitando a obediência daqueles que não têm recursos ou capacidade para alcançar resultados na ausência de tal intervenção positiva. O próximo caminho é por uma abordagem mais diretiva, intervencionista e, quando necessário, orientado para a dissuasão, a fim de que os recalcitrantes não se beneficiem do não cumprimento ou ganhem uma vantagem injusta sobre aqueles que cumprem voluntariamente⁵⁸⁰.

Pois bem, tendo introduzido tal “resposta escalonada”, o dilema para os reguladores é que muitas vezes não é possível ter certeza em que categoria uma empresa regulada se enquadra e menos ainda distinguir os atores econômicos racionais dos irracionais ou incompetentes. Por exemplo, se um regulador presumir que todas as empresas que adotam a flexibilidade regulatória elaborarão estratégias que as levarão além da conformidade com os padrões regulatórios tradicionais, é possível que nesse meio se encontrem várias empresas que de fato não têm intenção de implementar melhorias tangíveis (em oposição às melhorias cosméticas). Por outro lado, se os reguladores presumiram que todas as empresas se enquadram na segunda categoria e fixam regras e padrões por meio de ameaças, eles irão alienar desnecessariamente (e impor custos desnecessários sobre) aqueles que se submeteriam de bom grado, e com sucesso, a um regime mais flexível⁵⁸¹.

6.6.1. Um exemplo de aplicação da pirâmide regulatória

⁵⁸⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 244-245.

⁵⁸¹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 245.

Em meados de 2016, a Anatel publicou uma Análise de Impacto Regulatório sobre a “evolução do modelo de acompanhamento, fiscalização e controle”. Em uma de suas posições finais, a Agência concluiu pela “aplicação de conceitos de regulação responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco do evento identificado e à postura dos entes regulados” e também pela “implementação de ações de controle adotando conceitos de regulação responsiva, por meio da escalada das ações a partir da avaliação de riscos e comportamento do regulado”⁵⁸².

Em reunião no dia 17/6/2021, a Anatel aprovou uma proposta para de regulamento para introduzir, em seu âmbito, um regramento geral de regulação responsiva. Trata-se da Resolução nº 746/2021, que aprovou o Regulamento de Fiscalização Regulatória. De acordo com a nova sistemática, e seguindo o que consta na Análise nº 52/2021 do Conselheiro Relator Moisés Moreira⁵⁸³, o processo de acompanhamento dar-se-á por ações de fiscalização no bojo das quais serão requeridos e analisados dados, realizadas inspeções e aplicadas medidas preventivas ou reparatórias, sempre em diálogo com as prestadoras, com o intuito formar um diagnóstico e solucionar problemas na prestação dos serviços de telecomunicações.

A Anatel, com o novo regulamento, passa a buscar, antes de tudo, pela conformidade das prestadoras às regras impostas, com foco na boa prestação dos serviços à sociedade. Para tanto, estão sendo criadas com este processo uma série de ferramentas para garantir que a prestadora solucione problemas apontados antes de ação coercitiva.

A pirâmide de sanções construída pela Anatel se dá da seguinte forma: na base, há as medidas preventivas a serem adotadas, seguidas das medidas reparatórias. Em caso de insucesso, passa-se às medidas sancionatórias, aplicadas no âmbito de um Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado).

⁵⁸² Documento disponível em:

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?Yj72kUi0o_z14_E1ere_NErKAAYpCDMsB4uhQFHnURzipPcpd66AiXOMZbgFzFVb707_sObYcHy9dSz4Aby3WFC65_IXohuinf-F033Aum-d6McGbupayfOMr_95zrrf

⁵⁸³ Documento disponível em:

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLjgrLYJw_9INcO5lpK1Q5PXOHG-wmDZMI-OcLJv8lqEbbiu9sGLaTqxWJ5OkVC1VVkFI0OrWEAq7GqAcYMI4snVMO32XHgkGmhK

A fase de aplicação de medidas reparatórias já possui uma ampla gama de ferramentas para obter a regularização das condutas pelas prestadoras. Nesta fase, após diagnóstico do problema de base, há intenso diálogo com as prestadoras buscando cessar as condutas irregulares e alcançar a conformidade com a regulamentação, solucionando a questão. Isto é, são conferidas oportunidades para a efetiva cessação da conduta.

Segundo a Anatel, a abertura do Pado deve ser a mais alta forma de intervenção da Anatel frente à prática de transgressões pelas prestadoras, quando outras medidas não tenham sido eficazes.

Uma última novidade digna de nota é a criação do que o regulamento chamou de “Plano de Conformidade”, que consiste em proposta de cumprimento de obrigações administrativas, bem como reparação aos usuários envolvidos, apresentada pela prestadora e aceita pela Anatel, com a possibilidade de debate acerca de seus termos. Destarte, diante de um problema claro que atente contra a regulamentação, as partes envolvidas (prestadora e Estado) discutem e criam a forma de solucionar a questão em conjunto, mediante proposta e pedido de alteração.

A pirâmide construída pela Anatel ficaria dessa maneira:



Algumas observações aqui se impõem. A primeira é que, apesar do prazo relativamente longo desde que iniciou as discussões sobre a regulação responsiva, o fato é que a Agência precisará ainda de um bom tempo para ir refinando sua proposta e o grau de viabilidade de sua implementação.

Ademais, é certo que não basta alterar o regulamento de fiscalização para que a regulação responsiva passe a valer de fato. É necessário alterar a regulamentação que trata das especificidades das obrigações que devem ser cumpridas pelas prestadoras. Quando dessa alteração, será necessário que a Agência faça um estudo aprofundado sobre o mercado para verificar se as empresas, naquele ponto específico, podem se autorregular ou não, e a partir dessa constatação dosar o nível de obrigações a serem cumpridas.

Observe-se, ainda, que, ao contrário do que preconiza a teoria da *smart regulation*, a revisão da regulamentação não cuidou da participação de terceiros no processo regulatório, não os chamou à mesa de regulação.

Um aperfeiçoamento interessante, e que talvez contribuisse para a melhora do design desenvolvido pela Anatel, é o que consta dos processos da Receita Federal australiana. A Receita Federal australiana estava enfrentando uma séria crise de legitimidade durante a década de 1990. Relatórios constantes da mídia sobre táticas truculentas e acusações de uso excessivo e injusto do poder eram abundantes. Em resposta ao questionamento político e ao debate da política regulatória, a repartição de Finanças adotou diversas medidas com o objetivo de tornar-se mais aberta e sensível às preocupações dos contribuintes, entre as quais a mudança do antigo estilo de execução de comando e controle para um programa de regulação responsiva. Isso tomou forma com o Modelo de Conformidade da Australian Tax Office, que foi lançado publicamente para uso da Receita australiana em 1998⁵⁸⁴.

Antes da introdução do Modelo de Conformidade, a Receita rapidamente escalava suas estratégias de fiscalização assim que surgiam problemas. Pouca ou nenhuma consideração era dada às circunstâncias individuais do contribuinte e nenhuma consideração foi dada para alcançar conformidade futura. O objetivo geral do Modelo de Conformidade, portanto, foi o de criar um ambiente que promovesse a conformidade e proporcionasse uma situação em que a conformidade voluntária de

⁵⁸⁴ Kristina Murphy. **Moving towards a more effective model of regulatory enforcement in the Australian Taxation Office.** Regulatory Institutions Network. The Australian National University. Working Paper 45, nov/2004, p. 2. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/237809967_Moving_towards_a_more_effective_model_of_regulatory_enforcement_in_the_Australian_Taxation_Office. Acesso em 21/3/2021.

longo prazo e a integridade sistêmica do sistema tributário pudessem ser alcançadas⁵⁸⁵.

De acordo com o modelo adotado, existem quatro atitudes em relação à conformidade que um contribuinte poderia adotar: compromisso, captura, resistência e desligamento. Essas posturas representam as maneiras pelas quais um indivíduo pode se posicionar em relação a uma autoridade reguladora. Um aspecto muito importante a ser levado em consideração é que as atitudes e os comportamentos podem mudar: eles são dinâmicos, não estáticos. A postura dos contribuintes em relação à Receita e ao pagamento de impostos pode mudar frequentemente. Eles podem mudar em relação a diferentes tópicos e podem mudar em resposta à pessoa com quem estão lidando⁵⁸⁶.

A atitude de comprometimento representa aqueles que estão dispostos e aptos a cumprir suas obrigações e em geral consideram que existe uma obrigação moral ou ética de cumprir a lei. Eles geralmente regulam seu próprio cumprimento às normas⁵⁸⁷.

A segunda atitude, chamada de captura, representa aqueles contribuintes que podem não estar satisfeitos com o Fisco, mas que reconhecem que pagar impostos “faz parte da vida” e aceitam seu papel de contribuintes. Além disso, esses contribuintes, muitas vezes, requerem assistência adicional para cumprir suas obrigações, pois podem não ter as habilidades ou o conhecimento para fazer as coisas direito. A maioria das pessoas diz que deseja cumprir com suas obrigações fiscais porque quer ou porque é necessário. Obviamente, é do interesse do Fisco garantir que a maioria dos contribuintes permaneça comprometida ou, pelo menos, “capturada” pelo sistema. Os contribuintes capturados precisam interagir com um sistema tributário justo e respeitoso que os trata com integridade⁵⁸⁸.

A atitude de resistência representa aqueles contribuintes que resistem ativamente ao sistema de autorregulação. É provável que vejam o Fisco com antagonismo porque pensam que ele os está perseguindo com armadilhas em vez de ajudá-los e provavelmente acreditam que as pessoas deveriam posicionar-se contra o Sistema Tributário. No fim das contas, isso pode envolver uma atitude de tentar

⁵⁸⁵ Op. cit., p. 13.

⁵⁸⁶ Op. cit., p. 15.

⁵⁸⁷ Op. cit., pp. 15-16.

⁵⁸⁸ Op. cit., p. 16.

evitar o cumprimento de suas obrigações tributárias. Sanções mais severas precisam ser enfatizadas com esse grupo se ele rejeitar as propostas iniciais de respeito e cooperação por parte do regulador tributário. Eles também podem envolver-se em outros atos de “conformidade criativa”, como subestimar a receita ou exagerar as deduções porque têm preocupações sobre a integridade do sistema. Eles, portanto, precisam compreender os riscos e custos aumentados de suas incursões potenciais em territórios não conformes⁵⁸⁹.

A quarta atitude, de desligamento ou descomprometimento, representa aqueles contribuintes que não se importam com o fato de não fazerem a coisa certa e acreditam que a Fazenda nada pode fazer se optarem por não pagar seus impostos. Em outras palavras, esses contribuintes não querem mais participar do sistema. Os contribuintes descomprometidos, na visão da uma regulação responsiva, ainda merecem um primeiro passo respeitoso e cooperativo. No entanto, provavelmente haverá uma escalada muito rápida para o topo de uma pirâmide de fiscalização. Esses transgressores graves geralmente requerem a cooperação de várias agências regulatórias para unir forças e incapacitá-los⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Op. cit., p. 16.

⁵⁹⁰ Op. cit., pp. 16-17.

CONCLUSÃO

A presente tese buscou apresentar contribuições teóricas para aprimorar a atuação regulatória do Estado no contexto do que se denominou Estado pós-regulador.

Inicialmente, propôs-se uma superação, ou ao menos um aperfeiçoamento, da noção que ainda parece predominante nos meios acadêmicos de que se vive em um Estado regulador. Apesar dos acertos que tem noção encerra, o fato é que ainda coloca o Estado como, necessariamente, o ponto fulcral da regulação, relegando outros atores a um papel periférico.

Entender esse contexto é importante porque, no fim das contas, toda abordagem regulatória deve ser consentânea com o direito administrativo reconfigurado por esse novo paradigma. Fundamentalmente, reconhece-se uma descentralização cada vez maior da regulação, com maior participação das pessoas privadas na seara regulatória. No Estado pós-regulador há um convívio que pode ser mais ou menos harmonioso entre regulação pública e privada e o reconhecimento de que há múltiplos atores a influenciar e exercer uma “governança” pública ou quase pública.

Compreendendo-se que o contexto social é tal qual o descrito, propõe-se haurir, de algum referencial teórico, uma solução para consolidar uma intervenção regulatória que, ao mesmo tempo em que respeita a liberdade do agente privado e lhe outorga grande confiança para fazer sua autorregulação, atribui ao Estado o papel de fazer um *design* de estratégias regulatórias para acompanhar e fiscalizar a atuação do ator privado e sancioná-lo, se for o caso, contando com a participação de terceiros. Em outras palavras, deve-se procurar elaborar um design regulatório em que várias estratégias se complementam, por meio da combinação de diferentes instrumentos, entre os quais a autorregulação, a regulação governamental e a fiscalização por terceiros. Isso que se procurou desenvolver ao longo da tese.

A ideia de Estado pós-regulador está fundamentalmente relacionada ao pluralismo regulatório, por sua vez umbilicalmente ligado à crise da ordem westfaliana, que conheceu o auge de seu triunfo no século XIX. Não só o respeito e o

reconhecimento às normatividades privadas, mas sua força e surgimento independentemente do Estado, confirmam a ideia da necessidade de uma reconfiguração da atuação estatal ao mesmo tempo em que geram imensos desafios não antes enfrentados pelo regulador.

Como enfatizado no primeiro capítulo, uma estratégia regulatória que coloca a confiança no primeiro plano de uma estratégia regulatória pode ser particularmente eficaz para obter conformidade individual e corporativa. Mas não só isso: uma estratégia regulatória que combina uma preferência pela confiança com a capacidade de mudar para uma política de desconfiança é, provavelmente, a mais eficaz. Para criar e manter a confiança, os reguladores precisarão reconhecer a importância da justiça processual em suas negociações com os inadimplentes e se comprometer a implementar e nutrir os princípios de justiça e equidade.

Ademais, afirmou-se que defender um “pluralismo ordenado” é apostar que é possível renunciar a um pluralismo de separação, mas sem aderir à ilusão da unidade ou uniformidade jurídica do mundo em nome de uma espécie de pluralismo de fusão, e viu-se como essa problemática remete ao antigo dilema entre a vocação universalista e localista do Direito.

No capítulo 2, ponderou-se que a complexidade regulatória é tamanha que seria inútil tentar construir uma única solução regulatória ótima que fosse aplicável a uma ampla variedade de circunstâncias⁵⁹¹. Isso não significa, contudo, que nada de valor pudesse ser dito em um nível geral e abstrato e que o máximo que se poderia fazer é se concentrar em soluções para tipos específicos de problemas. Pelo contrário, defendeu-se, ao longo desta tese, que é possível construir uma abordagem que, embora não forneça soluções regulatórias sempre determinantes, leva os reguladores a avaliar suas decisões em relação a um conjunto de critérios de *design* que formam a base para alcançar resultados de excelência⁵⁹².

⁵⁹¹ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 3.

⁵⁹² Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 4

Novamente, não se trata, nesse caso, de criar teorias gerais com leis certas a partir de observações infalíveis, mas sim de avaliar se determinada contribuição teórica pode levantar hipóteses plausíveis, em determinadas situações, com certo nível de acerto e previsibilidade, e que possam servir de guia a um usuário no respectivo campo de ação.

Como exaustivamente visto, a teoria da *smart regulation* se refere a uma forma de pluralismo regulatório que abrange formas flexíveis de controle de mercado, atraindo Estado, empresas e terceiros para o próprio processo da regulação. Assim, as estratégias regulatórias podem abranger a autorregulação e a correção, usando interesses comerciais e organizações não governamentais como auxiliares regulatórios. O raciocínio subjacente, mais uma vez, é o de que, na maioria das circunstâncias, o uso de instrumentos de política múltiplos, em vez de únicos, e uma gama mais ampla de atores auxiliando a regulação, produzirá melhor resultado. Como tal, prevê a implementação de combinações complementares de instrumentos e participantes adaptados para atender aos imperativos de questões ambientais específicas.

Viu-se que uma importante questão nesse tipo de regulação descentralizada recai sobre as relações de responsabilização. Destarte, para que a atuação de terceiros – tal como definidos nesta tese - na regulação seja realmente eficaz, é necessário que realmente preste contas, publicamente, por sua atuação e que essa atuação possa ser contestada por outro.

Enfim, adotando-se a teoria da *smart regulation*, propôs-se uma série de princípios de modelagem regulatória, a cuja adesão está jungida a excelência regulatória⁵⁹³. Em particular, pontuou-se a vantagem de se aderir a uma série de princípios ou diretivas voltados para garantir que o regulador não apenas prefira combinações de instrumentos ao uso de instrumentos “autônomos”, mas também que essas combinações sejam eficientes⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 4-5

⁵⁹⁴ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 46.

No capítulo 3, tratou-se da importância da combinação de vários instrumentos regulatórios. Viu-se que muitos reguladores estão presos a um paradigma que, incorretamente, assume que as escolhas devem ser feitas entre modelos puros e simples de autorregulação, ou comando e controle de regulação, e que dificilmente serão capazes de apreciar oportunidades matizadas para alcançar eficiência que surge de combinações complementares de componentes de ambos os tipos de instrumentos

Para verificar os melhores instrumentos, devem-se analisar os objetivos e necessidades regulatórios, o nível de envolvimento dos regulados e reguladores, a maturidade do mercado, e se existe um alto nível de confiança e interação frequente entre o regulador e a entidade regulada.

Especificamente quanto à autorregulação, viu-se que ele é , para a teoria da *smart regulation*, componente importante das estratégias regulatórias em geral, embora frequentemente não reconhecido e pouco utilizado. Em princípio, ela oferece mais flexibilidade e adaptabilidade às circunstâncias do mercado do que a regulação comando e controle; ocorre, contudo, que ela é frequentemente atacada por ser reputada como uma tentativa cínica de partes interessadas em colocar um verniz de regulação (afastando, assim, de forma mais direta a intervenção governamental potencialmente mais eficaz), ao mesmo tempo em que serve aos interesses privados à custas do público, enganando a sociedade ao tentar passar a imagem de uma indústria interessada no bem comum.

Reconhecendo a verdade dessa constatação em algumas situações, os formuladores da teoria afirmam que a probabilidade de a autorregulação funcionar com sucesso variará conforme a intensidade de pressões exercidas seja pelo regulador estatal, seja por terceiros. Viu-se, também, que o Estado pode envolver-se diretamente no processo de autorregulação, negociando em conjunto metas e estratégias e fornecendo, se necessário for, verificação externa ou ratificação. Em tais casos, a autorregulação pode ser mais apropriadamente denominada correção.

No capítulo 4, discorreu-se amplamente sobre a importância da participação de terceiros na regulação. Foi visto que, tradicionalmente, o processo regulatório teria sido pensado, *grosso modo*, como um jogo de dois participantes – o Estado como regulador e a empresa como regulada. No entanto, para a teoria da *smart regulation*,

a realidade é muito mais complexa, conforme visto quando se tratou do Estado pós-regulador.

Os autores postulam que o Estado não deve ficar passivo diante dos terceiros; mesmo nesse caso, de terceiros privados, o Estado tem papel importante a desempenhar. Especificamente, ele pode obter o apoio de uma variedade de instituições não governamentais para promover o processo regulatório. Obviamente, isso não significa que os terceiros devem ser mobilizados em todas as circunstâncias. Fazer isso seria negligenciar os benefícios da parcimônia que deve permear toda atuação estatal regulatória⁵⁹⁵.

No capítulo 5 tratou-se do penúltimo princípio enunciado pelos autores: o de que se deve dar, em tese, preferências a medidas menos intervencionistas. Para aproximar a teoria da realidade jurídica brasileira, buscou-se traçar um paralelo de semelhança entre esse princípio e as noções de livre iniciativa, subsidiariedade e autorregramento da vontade.

Especificamente quanto à subsidiariedade, viu-se que ela diz respeito à limitação de atuação direta do Estado em determinada atividade, mas seu conteúdo não se esgota aí. É preciso reconhecer que, para além da atuação direta, a subsidiariedade também atinge a forma e a abrangência da regulação estatal. Segunda-se constatou, a noção de subsidiariedade aqui apregoada vai ao encontro da diretriz enunciada pela teoria da *smart regulation* de que se deve preferir uma medida menos interventiva quando esta for suficiente para a preservação do interesse público.

Por fim, no capítulo 6, tratou-se de tentar conciliar em uma estratégia regulatória piramidal o quanto discutido nos capítulos anteriores. Restou claro que há instrumentos e instituições que frequentemente impactam e influenciam uns aos outros e há muito a aprender com o estudo de instrumentos funcionais e disfuncionais e interações institucionais.

Os autores da teoria da *smart regulation* desenvolveram três tipologias de interações entre instrumentos regulatórios: interações que são geralmente positivas,

⁵⁹⁵ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, p. 31.

nas quais um ou ambos os instrumentos ou instituições tornam-se ativos ou mais eficazes; interações em que eles simplesmente coexistem, sem impactar diretamente o desempenho um do outro; e, por fim, aquelas que acarretam impactos negativos, ou seja, interações nas quais o efeito de um ou mais instrumentos é diminuído por outro, funcionando de forma contraproducente

Tudo isso pode servir para sensibilizar o estudioso do tema para algumas das complexidades envolvidas em responder à pergunta de como combinar as estratégias regulatórias. Repise-se mais uma vez: isso não significa que o Estado não tem um papel importante a desempenhar na regulação, mas sim que esse papel mudou. Se, por exemplo, o Estado não toma medidas para incentivar a participação no programa de correção – que pode fornecer flexibilidade regulatória –, a experiência sugere que apenas um grupo muito limitado de empresas optará por essa abordagem. Destarte, continua a haver um papel importante para o Estado consistente em encorajar um reordenamento das prioridades corporativas a fim de colher os benefícios de um melhor desempenho regulatório.

De igual importância, indicou-se o que significaria aplicar esse princípio em uma ampla gama de circunstâncias e a natureza dinâmica, em vez de estática, da atuação bem-sucedida do regulador. Tratou-se, nesse ponto, de uma ideal pirâmide tridimensional, encapsulando não apenas o conceito braithwaitiano de uma gradação para níveis mais elevados de intervenção (em resposta à resistência regulatória), mas, mais importante, de alcançar isso por meio de interações entre partes e instrumentos diferentes, mas complementares⁵⁹⁶.

Além disso, enfatizou-se o potencial do sequenciamento de instrumentos, uma técnica amplamente não reconhecida que permite uma resposta temporal ao desempenho regulatório e que tende a aumentar a confiabilidade. A essa análise adicionaram-se os gatilhos (concebidos para avisar as autoridades quando medidas menos intervencionistas falharam e para invocar a sequenciamento) e disjuntores (projetados para prevenir a falha prevista de outro instrumento, fornecendo reforço de

⁵⁹⁶ Gunningham, N., & Sinclair, D. (1999). **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 853-896. doi:10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x, pp. 46-47.

curto prazo até que os obstáculos políticos sejam superados ou a mudança cultural alcançada)⁵⁹⁷.

Não é impossível que um leitor mais cético seja tentado a concluir que essa discussão é um tanto idealista e que a realidade impede um redesenho significativo da regulação. Os autores acreditam que não⁵⁹⁸. De fato, o que chama a atenção é a velocidade e a extensão com que o ambiente regulatório está mudando, mesmo durante o período em que o livro da *smart regulation* foi escrito. Ideias que, há quatro anos, mal estavam na agenda hoje fazem parte do *mainstream* político e regulatório e, embora o redesenho substancial do ambiente regulatório nos moldes aqui preconizados ainda pareça um pouco distante, é inegável que alguns avanços têm ocorrido⁵⁹⁹.

Dessa experimentação e reexame da regulação setorial, os alicerces para uma norma forma de regulação podem gradualmente estar emergindo: um papel menos intervencionista do Estado; a exploração de um conjunto mais amplo de instrumentos pelo regulador; a capacidade de aproveitar o potencial de um conjunto mais amplo de instituições e o uso de combinações de instrumentos e instituições em vez de instrumentos individuais ou instituições agindo isoladamente⁶⁰⁰. E tudo isso não de maneira *ad hoc* ou por mera convicção de algum regulador pessoal ou do aplicar das regras, mas com supedâneo em uma teoria que fornece inteligência e coerência para a atuação prática do regulador na busca pela atuação estatal de excelência no campo da regulação.

⁵⁹⁷

⁵⁹⁸ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 265.

⁵⁹⁹ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 266-267.

⁶⁰⁰ Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren 1998. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 267.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT, C. **Bridging the gap non-state actors and the challenges of regulating new technology**. *Journal of Law and Society*, 39(3), 329-358, 2002.

AITA, Luana. **Protestos de rua e “rolezinhos” prenunciam o novo papel dos administrados na evolução da administração consensual?**. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98987>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 223, pp. 203-204. jan./mar. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 47, mar./ abr. 2017.

ARAÚJO, Rosemeire Baraúna Meira de. **Planejamento institucional e a nova gestão pública: novos rumos para a educação profissional**. Disponível em: https://www.seminariosregionaisanpae.net.br/numero1/1comunicacao/Eixo01_19/Rosemeire%20Barauna%20Meira%20de%20Araujo_int_GT1.pdf. Acesso: 20.03.2020.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica : perspectivas estrutural e funcional**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

ARSLAN, Basak. **Regulatory unreasonableness: an administrative law perspective**, Akkaya Papers No:1, 2018.

AYRES, Ian *et al.* **Responsive regulation : transcending the deregulation debate**. 1ª ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992.

BARACHO, José Alfredo De Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 200: 21-54, abr./jun. 1995, p 47. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525>>. Acesso em: 20.3.2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em 24.4. 2017.

BLACK, Julia. **Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes**. Regulation & Governance, vol. 2, 137–164, 2008.

BLACK, Julia. **Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation**. Capital Markets Law Journal, Vol. 3, No. 4, 2008.

BLACK, Julia. **Paradoxes and Failures: ‘New Governance’ Techniques and the Financial Crisis**. 75 (6) Modern Law Review, pp. 1037-1063.

BOVENS, Mark. **The Oxford Handbook of Public Management**. Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr., and Christopher Pollitt (Ed.), 2007, p. 182. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199226443.001.0001/oxfordhb-9780199226443-e-9>. Acesso em: 19.3.2021.

BRAITHWAITE, John Bradford. **In Search of Donald Campbell**. Criminology & Public Policy, 15(2), 2016.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Neoliberalism or Regulatory Capitalism** (October 2005). RegNet Occasional Paper No. 5, pp. -1-2. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=875789>>. Acesso em: 17.3.2021.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies**. *World Development*, v. 34, n.5, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 13.879 de 3 de outubro de 2019. Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, e revoga dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13879.htm> Acesso em: 25.03.2021.

BURMANN, Tatiane; CENCI, Daniel Rubens; BAÚ, Vanderlise Wentz. **A fragilização do positivismo jurídico no contexto da sociedade globalizada**. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2018, p. 8. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7090>>. Acesso em: 18.3.2021.

CALDERÓN, José Joaquín Jerez. **Libertad civil, subsidiariedad y foralismo en vallet de goytisolo social liberties, subsidiarity and foralism in vallet de goytisolo**. Fuego y Raya, núm. 12, 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda; DE GASPARI, Filipe Natal. **A regulação econômica na Era Vargas: análise da jurisprudência do STF sobre a quota de equilíbrio do café**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 91-109, abr./jun. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruma; DE GASPARI, Felipe. **Raízes da Regulação no Brasil**. Direito Administrativo na atualidade, 2019.

CAMPANA, P. de S. P. **A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle**. Revista de Direito, [S. l.], v. 9, n. 01, p. 189-216, 2017, p. 190. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

CANOTILHO, J.J.G. **Parecer: A actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, e o “sistema Uber”**. Coimbra, 26 out. 2015, p. 34. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em: 20.3.2021.

CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

CARVALHO, Paulo Neves de. In: Figueiredo, Lucia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. Editora Revista dos Tribunais, 1981. Prefácio. Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Terceiro Regime Jurídico. RDA, Rio de Janeiro, 147:7-22, jan./mar. 1982.

CHERNEY, Lorraine and CHERNEY, Adrian. **Regulation beyond the state: the role of non-state actors**. Criminal justice and regulation revisited: essays in honour of Peter Grabosky. Editado por Lennon Y.C. Chang and Russell Brewer. Abingdon, Oxon, United Kingdom: Routledge, 2018.

CHINAGLIA, Pedro Henrique; VIANA, Waleska Cariola. **Estado westfaliano versus estado-nação e seus reflexos nas colônias da américa latina**. Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019.

CLARKE, Michael. **Regulation: The Social Control of Business between Law and Politics**. New York: Palgrave Macmillan, 2000.

COGLIANESE, Cary. **Achieving Regulatory Excellence**. 2016. Brookings Institution Press.

COGLIANESE, Cary. **Defining and Assessing Regulatory Excellence**. Discussion Paper, University of Pennsylvania Law School, 2015. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/4366-coglianesediscussion-draft1march-2015pdf>. Acesso em 8.4.2021.

COGLIANESE, Cary. **Listening, Learning, and Leading: A Framework for Regulatory Excellence**. Penn Program on Regulation. University of Pennsylvania Law School. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/4946-pprfinalconvenersreport.pdf>. Acesso em 8/4/2021.

COGLIANESE, Cary. **The Challenge of Regulatory Excellence**. 2016. U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 20-19. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3639512> . Acesso em: 15.3.2021.

COHEN, Julie E. **The Regulatory State in the Information Age** (January 11, 2016). *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, no. 2 (2016 Forthcoming). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2714072>. Acesso em :18.2.2021.

CORLEY, Kevin G. et al. **Building theory about theory building: what constitutes a theoretical contribution?** *Arizona State University. Academy of Management Review* 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e Política.** *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

COUTINHO, Clara Pereira; BOTTENTUIT JUNIOR, João Batista. **A complexidade e os modos de aprender na sociedade do conhecimento.** In: "Para um balanço da investigação em educação de 1960 a 2005 : teorias e práticas : actas do Colóquio da AFIRSE". Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/6501/1/Afirse%202007%20Final.pdf>>. Acesso em: 17.3.2021.

CROLEY, Steven P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government.** Princeton University Press, 2009.

CROLEY, Steven P. **Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process.** *Columbia Law Review*, Vol. 98, No. 1, 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1123396>. Acess: 18.3.2021.

DANA, David A. **The New Contractarian Paradigm in Environmental Regulation,** *U. Ill. L. Rev.* 35, 2000.

D'ATENA, Antonio. **Subsidiariedade vertical e subsidiariedade horizontal na experiência constitucional italiana.** *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, pp. 2-3, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=68489>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

DEFANTI, Francisco. **Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos.** *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 150, jul./set. 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques**. Recueil Dalloz, Dalloz, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Transformações do Direito Administrativo**. In Revista de Direito da Administração Pública. Universidade Federal Fluminense, a. 2, v. 2, n. 1, jan/jun 2016.

DUARTE, Francisco Carlos et al. (2014). **Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal**. Sequência (Florianópolis), (68), p. 94. Acesso em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p91> Acesso em: 26.03.2021.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ETIENNE, Julien. **Self-Reporting Untoward Events to External Controllers: Accounting for Reporting Failure by a Top-Tier Chemical Plant**. London School of Economics and Political Science, 2010.

European Governance: A White Paper, 2001. Disponível em:<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10>. Acesso em: 19.2.2021.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **"Congelamento de preços - Tabelamentos oficiais"**. In: Revista de Direito Público, 91, 1989. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/congelamento-de-precos>>. Acesso em: 20.3.2021.

FORNASIER, Mateus de Oliveira et al. **Neomedievalismo jurídico ou hipercomplexidade? Comparando os pluralismos medieval e contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 30, p. 77-106, dez. 2016, p. 88. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22253>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte : Fórum, 2013.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **La idea medieval del derecho**. Universidad Central de Venezuela, 1962.

GINOSAR, Avshalom. **Co-Regulation: From Lip-Service to a Genuine Collaboration** — The Case of Regulating Broadcast Advertising in Israel. *Journal of Information Policy*, Vol. 3, 2013, p. 107. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.5325/jinfopoli.3.2013.0104>>. Acesso em: 21.3.2021.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação da Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. *24 Law & Soc. Inquiry*, n. 853, 1999.

GUNNINGHAM, Neil. **Negotiated non-compliance**: a case study of regulatory failure. *9 Law & Pol'y*, n. 69, 1987.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the role of trust**: reflections from the mining industry. *36 J.L. & Soc'y*, n. 167, 2009.

GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter; SINCLAIR, Darren. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy** Oxford, UK: Oxford University Press, 1998.

HALVORSON, Hans. **Scientific Theories**. In **The Oxford Handbook of Philosophy of Science** Paul Humphreys. Oxford University Press, 2016.

HAO-SHENG, YE; STAM, Henderikus J. **What Is a Good Theory?** A Perspective from Theoretical Psychology, 2012.

HOWLETT, Michael. **Beyond Good and Evil in Policy Implementation: Instrument Mixes, Implementation Styles, and Second Generation Theories of Policy Instrument Choice**. *Policy and Society*, 2004.

HURWICZ, Leonid. **But who will guard the guardians?** 2007, p. 286. Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2007/hurwicz/lecture/>>. Acesso em: 19.3.2021.

JARDIM, Maria Chaves. **A Crise Financeira de 2008: Os Discursos e as Estratégias do Governo e dos Fundos de Pensão.** In Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 56, no 4, 2013, pp. 901 a 941.

JORGE, André Guilherme Lemos et al. **A Livre Iniciativa da Atividade Empresarial: uma análise das decisões do STF sobre terceirização.** In: Direito empresarial: estruturas e regulação : volume 2 / André Guilherme Lemos Jorge; João Maurício Adeodato; Renata Mota Maciel Madeira Dezem. — São Paulo : Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

LANDAUER, C. **There is Nothing so Practical as a Good Theory.** 2011 IEEE Fourth International Conference on Space Mission Challenges for Information Technology, Palo Alto, CA, 2011.

LEAL, Fernando. **Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?** Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 9, n3, 2019, p. 314. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6278>>. Acesso em 21.3.2021.

LEVI-FAUR, David. **The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of A New Order.** In: The Annals of the American Academy of Political and Social Science, nº 598, 2007.

LODGE, Martin. **Regulation, the Regulatory State and European Politics.** West European Politics 31, 2008.

LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios Jurídicos e Regulação.** (Tese Pós-Graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

MAJONE, Giandomenico. **The rise of the regulatory state in Europe: In West European Politics,** 17:3, 77-101, 1994.

MANENT, Pierre. **A World beyond Politics?** Princeton University Press, 2013.

MARCINKOWSKA, Monika. **Regulation and self-regulation in banking: in search of optimum.** Bank i Kredyt, National Bank of Poland. Vol 44, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3, jan./mar. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011, p. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72094>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 83, out./dez. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 69, abr./jun. 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do estado regulador**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, p. 139-156, Nov. 2006, p. 151. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002006000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16.3.2021.

MCGARITY, Thomas O. **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process**, 41 Duke Law Journal 1385-1462, 1992. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol41/iss6/2>>. Acesso em :19.3.2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIDINGER, Errol. **Regulatory Culture: A Theoretical Outline** (1987). 9(4) Law and Policy 355-386 (1987), SUNY Buffalo Legal Studies Research Paper No. 1987-100. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2477104>>. Acesso em: 18.3.2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Notas sobre o estado administrativo: de omissivo a hiperativo. Rei - revista estudos institucionais**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 153-179, ago. 2017, p.169. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016, p. 215. Disponível em: <<http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/o-direito-administrativo-contemporeneo-e-suas-relacoes-com-a-economia/>>. Acesso em: 21.3.2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MURRAY, Andrew; SCOTT, Colin. **Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power**. Modern Law Review, Vol 65, 2002.

MURPHY ,Kristina. **Moving towards a more effective model of regulatory enforcement in the Australian Taxation Office**. Regulatory Institutions Network. The Australian National University. WORKING PAPER 45 • NOVEMBER 2004, p. 2. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/237809967_Moving_towards_a_more_effective_model_of_regulatory_enforcement_in_the_Australian_Taxation_Office>. Acesso em: 21.3.2021.

MURPHY, Kristina. The Role of Trust in Nurturing Compliance: A Study of Accused Tax Avoiders. Law and human behavior, 2004.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais- Diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese de doutorado, UFBA, 2011, p. 138. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743>>. Acesso em 20.3.2021.

NOHARA, Irene. **Burocracia Reflexiva**. In: Thiago Marrara. (Org.). Direito Administrativo: Transformações e Tendências. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, Osvaldo Barreto. SIBILIA, Paula. **Redes ou paredes: a escola em tempos de dispersão**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. 224p. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, v. 20, n. 61, June 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782015000200543&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 jan. 2021.

OMAROVA, Saule T. **Wall Street as Community of Fate: Toward Financial Industry Self-Regulation**, 159 U. Pa. L. Rev. 303 (2011). Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol159/iss2/2. Acesso em 26.7.2021.

PAULA, Felipe de. **Legislative policy in Brazil: limits and possibilities**. Universidade de Leiden. Tese de doutorado. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1887/61205>. Acesso em 26.7.2021.

PAZ-ARES, Cándido; AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Un Ensayo Sobre la Libertad de Empresa**. In: Libro homenaje a Luis Diez-Picazo, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 3. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/343896761/Ensayo-sobre-la-libertad-de-empresa>>. Acesso em: 20.3.2021.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro – O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática – Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PETTER, Lafayette Josué. Constituição econômica e concorrência. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayette_petter.html> . Acesso em: 20.3.2021.

POSSAMAI, Giancarlo Bernardi. **Livre iniciativa e limites à regulação estatal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado (PUC-SP), 2014.

POSSEBON, Samuel. Teles criam sistema de autorregulação inédito. Teletime. Disponível em: <https://teletime.com.br/11/03/2020/teles-criam-sistema-de-autorregulacao-inedito/> Acesso em: 26.03.2021.

PROENÇA, Jadir Dias; PAULO, Carla Beatriz de (org.) **Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe**. – Brasília: Presidência da República, 2012.

RANCHORDAS, Sofia. **Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy** . 13 Law & Ethics of Human Rights (2019, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 27/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3252524>. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3252524>>. Acesso em: 18.3.2021.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos**. Salvador: Juspodivm, 2020.

REISS, Dorit Rubinstein. **The benefits of capture**. Wake Forest L. Rev., n. 47, p. 572, 2012.

REYES, Manuel Aragón et al. **La libertad de empresa**. In: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Nº. 108, 2014.

ROSENFELD, Michel. **Constitutional Versus Administrative Ordering in an Era of Globalization and Privatization: Reflections on Sources of Legitimation in the Post-Westphalian Polity**. Cardozo Law Review, Vol. 32, 2011, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 341, p.13. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1875926>>. Acesso em: 18.3.2021.

RHODES, R. A. W. **The Neo Governance: Governing without Government**. Political Studies, 1996.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GONÇALVES, Priscila Brólio. **O CADE, a Concorrência e a Operação Nestlé-Garoto**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, p. 263-278, dez. 2014, p. 271. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2011, pp. 92-93. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-02052012-112904. Acesso em: 2021-03-2021.

SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em 15 de dez. de 2015, pp. 6-7. Acesso em: 20.3.2021.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 14, 2005.

SCHAPIRO, Mario G. **Do estado desenvolvimentista ao estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção**. Rei - revista estudos institucionais, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 574-614, dez. 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/305>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A deterioração do sistema regulatório brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, a no 11, n.44, p.3 ,out/dez. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SCOTT, Colin. **Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State**. IN: Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.). The Politics of Regulation. Capítulo 7, Edward Elgar Publishing, 2004.

SÉRIE PENSANDO O DIREITO, Vol. 33, 2011. Coordenação do Sistema de Controle da Administração Pública Federal.

SHEARING, Clifford D; WOOD, Jennifer. **Nodal Governance, Democracy, and the New 'Denizens'**. Journal of Law and Society, 30(3): 400-419, 2003, p. 3 (PDF). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2723901>>. Acesso em: 18.3.2021.

SHLEIFER, Andrei. **Understanding Regulation**. European Financial Management, Vol. 11, No. 4, 2005.

SEIFTER, Miriam. **Rent-a-Regulator: Design and Innovation in Privatized Governmental Decisionmaking** (2006). Ecology Law Journal, Vol. 33, p. 1091, (2006), Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1378. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2770077>>. Acesso em: 20.2.2021.

SPENCE, D. B. **Can the second generation learn from the first understanding the politics of regulatory reform**. Capital University Law Review, vol. 29, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ªed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações**. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 69-70, jan./jun. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **A regulação administrativa que padroniza práticas comerciais e a liberdade empresarial**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 26 out./dez. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Os helipontos e o direito de construir na vizinhança**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 16. Salvador, 2009, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>. Acesso em: 20.4.2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 2, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013, p. 10, nota 2. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=89215>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Regulação e concorrência no acesso a áreas e no compartilhamento de instalações em aeroportos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 89-98, abr./jun. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Administrative Substance**. Duke Law Journal 607-646 (1991), p. 610. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol40/iss3/2>>. Acesso em: 19.3.2021.

SUNSTEIN, Cass R. **The Regulatory Lookback**, 94 B.U. L. Rev. 579 (2014). Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/776_Sunstein.php>. Acesso em: 21.3.2021.

TARBERT, Heath P. **RULES FOR PRINCIPLES AND PRINCIPLES FOR RULES: TOOLS FOR CRAFTING SOUND FINANCIAL REGULATION**. Harvard Business Law Review, Vol. 10, 2019-2020.

TEIXEIRA, Milena. **Conflito de Jurisdição e crime de lesa-majestade: O caso da capitania da Bahia entre 1783-1787**. Mosaico. Vol. 12, n. 141, 2020, p. 15 (PDF). Disponível em: Teixeira, Milena. (2020). Conflito de Jurisdição e crime de lesa-majestade: O caso da capitania da Bahia entre 1783-1787. Mosaico. 12. 141. 10.12660/rm.v12n18.2020.81231. Acesso em: 18.3.2021.

TRIFILETTI, L. B.; GIELEN, A. C.; SLEET, D. A.; HOPKINS, K. **Behavioral and social sciences theories and models: are they used in unintentional injury prevention research?**, Health Education Research, Volume 20, Issue 3, June 2005.

TYRAN, Jean-Robert; FELD, Lars P. **Why People Obey the Law: Experimental Evidence from the Provision of Public Goods**. Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research. Working Paper No. 651 (2002), p. 18. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=290231>>. Acesso em : 15.3.2021.

VAN GOSSUM, P., Arts, B. & Verheyen, K. **From “smart regulation” to “regulatory arrangements”**. Policy Sci 43, 245–261, 2010.

VAN GOSSUM, P., et al. **“Smart regulation”**: Can policy instrument design solve forest policy aims of expansion and sustainability in Flanders and the Netherlands? Forest Policy and Economics, 2009.

VERBRUGGEN, Paul. **“Private Regulation in EU Better Regulation.”** European Journal of Law Reform, vol. 19, no. 1-2, 2017.

VERMEULE, Adrian. **Connecting Positive and Normative Legal Theory**, 10 U. Pa. J. Const. L. 387, 2014. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol10/iss2/6/>>. Acesso em: 18.3.2021.

WRIGHT, John & HEAD, Brian. **Reconsidering Regulation and Governance Theory: A Learning Approach**. Law & Policy. 31, 2009.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Tese de Doutorado. UFBA, 2019, p. 38. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30090>>. Acesso em: 20.3.2021.